

Felipe Cesar Lapa Boselli

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E UMA  
ANÁLISE DA SUA CONSTITUCIONALIDADE SOB SEU  
ASPECTO PRINCIPIOLÓGICO**

Dissertação submetida ao Programa de  
Pós Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do Grau de  
Mestre em Direito do Estado  
Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique  
Urquhart Cademartori

Florianópolis  
2013



Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária  
da UFSC.

Boselli, Felipe Cesar Lapa

O Regime Diferenciado de Contratações e uma análise da sua  
constitucionalidade sob seu aspecto principiológico / Felipe Cesar Lapa  
Boselli ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cadermatori - Florianópolis,  
SC, 2013.  
159p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro  
de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui Referências

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Licitações. 4. Contratos  
Administrativos. 5. Regime Diferenciado de Contratações. I. Cadermatori,  
Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade Federal de Santa Catarina.  
Programa de Pós Graduação em Direito. III. Título.



Felipe Cesar Lapa Boselli

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E UMA  
ANÁLISE DA SUA CONSTITUCIONALIDADE SOB SEU  
ASPECTO PRINCIPIOLÓGICO**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito do Estado”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Local, 13 de dezembro de 2013.

---

Prof. Luiz Antonio Pimentel, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Luiz Henrique Urquhart Cadernatori, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Francisco Carlos Duarte, Dr.  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

---

Profa. Helena Elias Pinto, Dra.  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Marcelo Harger, Dr.



À Elaine, com carinho e afeto.





## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, Prof. Luiz Henrique, mais do que um professor, um amigo que me acompanha desde os tempos do curso de graduação em direito na Universidade Federal de Santa Catarina, sem o qual esta caminhada não seria possível. Obrigado professor, pelos incontáveis momentos em que se apresentou disposto a debater os temas das mais variadas naturezas. Agradeço, em especial, pela compreensão nos momentos em que era mais precisada e pela severidade quando necessária.

Agradeço, também, à Universidade Federal de Santa Catarina, instituição pela qual nutro o mais profundo respeito e admiração e na qual tive o prazer de passar por oito dos melhores anos da minha vida.

Agradeço aos demais professores que acompanharam esse desenvolvimento que culmina com esta dissertação de mestrado. Sem citar nomes ante o perigo de não nomear pessoas fundamentais, todos sabem do carinho e apreço que guardo por cada um, sobretudo após o ingresso na atividade de docência que, se hoje exerço com amor e dedicação, é graças a vocês.

Agradeço à minha família e amigos que colaboraram com este trabalho, seja direta ou indiretamente, com sua ajuda e com o entendimento pelos momentos de afastamento.



A diferença entre a empresa privada e a empresa pública é que aquela é controlada pelo governo, e esta por ninguém.

(Roberto Campos)



## **RESUMO**

O trabalho tem por objetivo discutir a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações, Lei nº 12.462/11, sob uma ótica principiológica. Usando o método hipotético-dedutivo, será realizada uma abordagem dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o processo licitatório, levando em consideração a teoria clássica dos princípios, que serão contrastados com o novo regime de licitações e contratos. Também será realizada uma análise da visão de terceiros acerca da constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações, fazendo uma conclusão crítica acerca das opiniões emitidas por outras partes. Ao final, será feita conclusão apresentando a constitucionalidade, à luz dos princípios, de cada um dos elementos que diferenciam o novo regime de contratações públicas.

**Palavras-chave:** Licitações, Contratos Administrativos, Regime Diferenciado de Contratações.



## **ABSTRACT**

The study aims to discuss the constitutionality of Differentiated Regime for Contracting, Law No. 12.462/11 under a perspective of principles. Using the hypothetical-deductive method, will be performed an approach to constitutional and infra-constitutional principles that guide the bidding process, considering the classical theory of principles will be contrasted with the new regime of bidding and contracts. Also an analysis of other's views on the constitutionality of the Differentiated Regime for Contracting will take place making a critical conclusion about the opinions expressed by other parts. Finally, the conclusion will show the constitutionality according to the principles of each of the elements that distinguish the new regime of public contracts.

**Keywords:** Bidding. Administrative Contracts. Differentiated Regime for Contracting.





## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - Prazos de Publicidade no RDC. ....	98
Tabela 2 - Comparativo dos Prazos entre as modalidades tradicionais e o RDC. .....	98



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil  
CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
DEM - Democratas  
DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de transportes  
IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada  
LGL - Lei Geral de Licitações  
MPV - Medida Provisória  
PAC - Programa de Aceleração do Crescimento  
PL - Projeto de Lei  
PPP - Parceria Público Privada  
PPS - Partido Popular Socialista  
PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira  
RDC - Regime Diferenciado de Contratações  
STJ - Superior Tribunal de Justiça  
STF - Supremo Tribunal Federal  
SUS - Sistema Único de Saúde  
TCU - Tribunal de Contas da União  
TCE - Tribunal de Contas do Estado



## SUMÁRIO

<b>SUMÁRIO</b>	<b>21</b>
<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>23</b>
<b>2 UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS CERTAMES LICITATÓRIOS</b>	<b>25</b>
2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O <i>CAPUT</i> DO ARTIGO 37	28
2.1.1 Princípio da Legalidade	28
2.1.2 Princípio da Impessoalidade	31
2.1.3 Princípio da Moralidade	32
2.1.4 Princípio da Publicidade	35
2.1.5 Princípio da Eficiência	38
2.1.6 Regra da Licitação	42
2.2 OS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS PREVISTOS NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES	48
2.2.1 Princípio da Igualdade	51
2.2.2 Princípio da Proibição Administrativa	53
2.2.3 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	55
2.2.4 Princípio do Julgamento Objetivo	57
2.2.5 Princípios Correlatos	61
2.3 OS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS TRAZIDOS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	62
2.3.1 Princípio da Economicidade	63
2.3.2 Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável	63
<b>3 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRADICIONAL</b>	<b>67</b>
3.1 O CONCEITO TRADICIONAL DE LICITAÇÃO	70
3.2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO EM VIGOR	74

<b>3.2.1 Novas Regras em Relação à Lei nº 8.666/93</b>	<b>75</b>
3.2.1.1 Possibilidade de Inversão de Fases	76
3.2.1.2 Permissão para Saneamento de Falhas Formais	78
3.2.1.3 Procedimentos Recursais	80
3.2.1.4 Contratação Integrada	82
3.2.1.5 Certame Presencial ou Eletrônico	92
3.2.1.6 Contratação Simultânea	93
3.2.1.7 Remuneração Variável	94
<b>3.2.2 As Regras Inéditas Do Regime Diferenciado De Contratações</b>	<b>97</b>
3.2.2.1 O Prazo de Publicação do Edital	97
3.2.2.2 Formas de Disputa	100
3.2.2.3 Sigilo do Valor Estimado	104
3.2.2.4 Contrato de Eficiência e o Maior Retorno Econômico	108
3.2.2.5 Regras para o Registro de Preços	109
3.2.2.6 Não Aplicação Subsidiária da Lei nº 8.666/93	110
3.2.2.7 Criação do Catálogo Eletrônico de Padronização	111
3.2.2.8 Nova estrutura de Pré-Qualificação	113
3.2.2.9 Convocação dos Licitantes Remanescentes para Contratação Direta	115
<b>4 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES SOB A ÓTICA DE TERCEIROS</b>	<b>119</b>
4.1. ANÁLISE DA MÍDIA ACERCA DO RDC	120
4.2 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE MOVIDAS CONTRA O RDC	128
4.3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	136
4.4 ANÁLISE CRÍTICA DAS VISÕES ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	140
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>145</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>149</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por tema uma análise sobre a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações - RDC, afirmando-a como tal e utilizando como meio de análise uma matriz principiológica.

O tema foi devidamente delimitado, primando por uma comparação entre a lei geral de licitações e contratos, Lei nº 8.666/93, e o RDC, destacando suas diferenças e principais inovações deste novo regime. Muito embora se conheça a discussão no que tange ao aspecto formal de elaboração da Lei nº 12.462/11, que criou o RDC, a presente dissertação visará discutir apenas os aspectos materiais da legislação, sem adentrar as questões pertinentes a seu processo legislativo.

Com o tema delimitado, foi estabelecido o problema: o Regime Diferenciado de Contratações sustenta-se sob uma análise principiológica fulcrada nos fundamentos constitucionais? Ao que, contrariando forte onda de críticas midiáticas e oposicionistas ao atual governo que formulou e aprovou tal regime, será tomado como hipótese a ser testada, a de que o RDC é, efetivamente, constitucional.

Os objetivos a serem atingidos com o estudo são: a) verificar a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações; b) conceituar os princípios enquanto parâmetros de análise da validade da legislação estudada; c) analisar as inovações do RDC com relação à Lei nº 8.666/93; e d) apresentar as opiniões existentes sobre o novo regime de licitações e contratos administrativos.

Para atingir os objetivos predefinidos, esta dissertação foi dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem teórica com a conceituação dos princípios a serem analisados e o estabelecimento das bases doutrinárias que serão utilizadas para o desenvolvimento do estudo. Este capítulo foi subdividido em três tópicos: a) princípios constitucionais; b) princípios expressos na Lei nº 8.666/93; e c) princípios expressos na Lei nº 12.462/11.

Mesmo com a análise da constitucionalidade do dispositivo legal em comento, mostra-se relevante o estudo dos princípios elencados tanto na LGL, quanto no RDC, posto que os princípios estudados possuem bases constitucionais mesmo sendo estes princípios implícitos ou derivados.

No segundo capítulo, as questões abordadas foram as inovações do Regime Diferenciado de Contratações. Naquele capítulo serão

apresentados tópicos destacados do conceito geral de licitações e as inovações do RDC propriamente ditas. Por questão didática as inovações foram categorizadas em dois segmentos: a) alterações com relação à Lei nº 8.666/93, mas que já estavam presentes em outros diplomas normativos; e b) regras inéditas no campo legislativo das licitações. Para facilitar a discussão, as inovações foram divididas em tópicos específicos, tratando uma a uma em separado.

Nesse capítulo será demonstrado, ao final de cada tópico, a inexistência de inconstitucionalidade forma como foi construído o RDC, em cada uma das suas alterações.

No terceiro capítulo buscou-se fazer uma análise de óticas possíveis acerca do Regime Diferenciado de Contratações. Para isto, foram feitas quatro subdivisões: a) uma análise midiática; b) as Ações Diretas de Inconstitucionalidade em trâmite contra o RDC; c) a jurisprudência do TCU relacionada ao novo regime; e d) uma análise crítica da Lei nº 12.462/11.

Na análise midiática foram coletadas notícias no período de junho/2011 a fevereiro/2013, tomando por base veículos considerados de maior expressão e tentando dar o viés mais plural possível. Assim, foram escolhidos os veículos: a) Carta Capital; b) O Estado de São Paulo; c) Folha de São Paulo; e d) O Globo.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram analisadas as duas únicas existentes, ambas pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal: a) ADI nº 4645, movida pelo PSDB, DEM e PPS; e b) ADI nº 4655, movida pelo Procurador Geral da República.

Na análise de jurisprudência do TCU foi optado por estudar o Tribunal de Contas da União em razão de ser este o Tribunal mais afeto à matéria e por possuir maior número de decisões que qualquer outra corte de contas.

No último tópico, será construída uma análise crítica, independente de visões preestabelecidas, que focará, exclusivamente, naquilo que foi construído pela legislação, buscando adotar a interpretação mais imparcial possível, sem as paixões inerentes a um tema eminentemente político como o que está sendo discutido.



## **2 UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO ADMINISTRATIVO E OS CERTAMES LICITATÓRIOS**

Abrindo o presente trabalho, será apresentado o panorama principiológico que servirá como base instrumental para o estudo da constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações.

Para fazer este estudo serão analisados os princípios que fundamentam o sistema licitatório, estendendo, até mesmo àqueles que, embora não explícitos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CF/88, estão nela implícitos e aparecem de forma mais clara nas normas infraconstitucionais correlacionadas ao tema em apreço.

O conceito e a aceitabilidade de princípios implícitos é bem esclarecido por ROSA, ao definir os princípios como diretrizes a serem observadas:

Os princípios constitucionais estejam ou não positivados, detêm caráter normativo, são estruturais ao sistema, indicam os valores acolhidos pela sociedade, os standards, e expressam dada decisão política. [...] Os princípios constitucionais são normas “mais diretrizes que outras”, obrigando o aplicador da lei a necessariamente consultá-los a fim de garantir no trabalho interpretativo. (2002, p. 199)

Os princípios representam estruturas basilares que fundamentam toda a construção do direito. Assim, são, nas palavras de FERRAJOLI (1999, p. 23-4), direitos, formando vínculos negativos gerados pela liberdade que nenhuma maioria pode violar e vínculos positivos gerados pelos direitos sociais que nenhuma maioria poderá deixar de satisfazer.

Para ESPÍNDOLA (1999, p. 47-8), os princípios formam um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, formando uma baliza normativa a partir da qual todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Já ROTHENBURG apresenta os princípios de forma diferenciada:

Os princípios são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais

deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato [...] (ROTHENBURG, 2003, p.18)

Para ÁVILA (2005, p. 70), os princípios devem ser compreendidos da seguinte forma:

Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demandada uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Em linhas gerais, os princípios podem ser analisados em uma concepção clássica (tradicional) ou com base em teorias mais recentes, como o ponderacionismo de Robert Alexy ou o Garantismo de Luigi Ferrajoli. No presente trabalho será utilizada a linha clássica, haja visto que essa concepção principiológica clássica atende por completo a opção metodológica do estudo que está sendo proposto.

Essa teoria clássica dos princípios possui diversos autores de renome. Aqui, pela grande influência que exerceu e exerce no direito administrativo atual, serão adotadas as ideias propostas por Celso Antônio Bandeira de Mello. Assim é definido o princípio para esta corrente:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 1999, p. 817-818)

Outrossim é fundamental ressaltar que o modelo proposto neste trabalho parte de uma análise principiológica concreta, sem a utilização de princípios com interpretações que buscam dar constitucionalidade àquilo que não a possui.

O Direito não pode estar sujeito a utilitarismos, como explica CADEMARTORI

É necessário lembrar, também, que a Administração Pública não é nada além do que um conglomerado humano e material, criado e organizado exclusivamente para servir à comunidade. Nessa perspectiva, o equacionamento ou ponderação entre o individual e o coletivo não será, em caso algum, simplesmente numérico, mas dar-se-á atendendo, sobretudo, à relevância dos direitos afetados. Com efeito, muitos desses direitos, quais sejam, os fundamentais, devem prevalecer sobre quaisquer interpretações de cunho utilitarista, hoje apresentados sob a roupagem de interesse geral ou interesse público, utilizadas inúmeras vezes pela Administração na sua atuação discricionária. Assim sendo, tais direitos passam a ser limitações intransponíveis pelo Poder Judiciário na sua interação com os administrados. (2005, p. 175)

Desta forma o que se busca é uma análise da validade da norma inferior e sua coerência com as normas superiores, em similaridade com o modelo garantista de Estado proposto por FERRAJOLI:

O modelo garantista do Estado constitucional de direito, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, tem validade seja qual for o ordenamento. (FERRAJOLI, 2002, p. 53)

Na acepção deste trabalho, será sempre adotada a linha clássica dos princípios, tendo-os como ideia fundamentadora dos sistema jurídico, seguindo a linha de pensamento de MELLO (1999, p. 300), para quem a afronta a princípios é mais grave que o simples descumprimento legal:

[O descumprimento de um princípio] É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Passa-se, portanto, à análise dos princípios aqui envolvidos, para melhor compreensão do problema.

## 2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O *CAPUT* DO ARTIGO 37

### 2.1.1 Princípio da Legalidade

A lei, após todo o seu procedimento evolutivo no sistema jurídico, é uma das mais importantes fontes do direito, principalmente, no direito administrativo.

Visando o respeito aos preceitos legais, tem-se a relevância do Princípio da Legalidade. Este é conceito fundamental que consubstancia a importância da lei, ao ter como premissa a obediência à mesma. A definição e o sentido do princípio da legalidade estão enraizados no próprio entendimento do que seria o Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, a sua máxima jurídica.

Devido à importância concedida à lei no sistema jurídico romano (frise-se que ao citar “lei” são referenciadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico) e, por consequência, o princípio da legalidade, o sentido e a observância deste último foram explicitados na CF/88. O legislador constituinte positivou tal princípio na condição de direito fundamental<sup>1</sup> aos que fazem parte da República Federativa brasileira.

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Conforme expresso na CF/88, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O mencionado dispositivo constitucional relata o chamado princípio da legalidade em sentido amplo, devendo ser obedecido, por todos que fazem parte da República Federativa brasileira.

Todavia, apesar do princípio da legalidade expresso no artigo 5º da CF/88 se dirigir a todos, no que tange à sua aplicabilidade à Administração Pública, a sua premissa básica torna-se diferente. Para o Estado, o conceito de legalidade é invertido, sendo-lhe vedado agir sem que exista previsão legal expressa.

Logo, ao efetuar seus atos, a Administração Pública o faz segundo o que prescreve a lei, por tal motivo, a legalidade administrativa possui tratamento diferenciado, estando disposto no artigo 37 da CF/88.

Nesse escopo, a Administração não atua com liberdade, uma vez que está estritamente vinculada aos preceitos normativos. O Poder Público deve praticar seus atos de acordo com o que foi disciplinado pela legislação, conforme elucida FÁZZIO JÚNIOR (2003, p.18-19)

(...) a legalidade é a projeção administrativa do princípio do Estado de Direito. Quem administra densifica a lei. Toda atuação administrativa precisa estar jungida à lei e ao interesse público. A lei é o suporte e o limite do exercício administrativo. É a autolimitação do Estado em face dos direitos subjetivos e a vinculação de toda atividade administrativa à lei, como medida de exercício do poder. Positivada a primazia da lei, sua observância é incondicional. Só a lei, norma abstrata e geral, oriunda de corpo legislativo legítimo, tem o condão de disciplinar direitos e garantias, observadas as diretrizes constitucionais.

Assim, a legalidade administrativa manifesta-se como autolimitação do poder estatal, ou seja, a Administração reger-se-á segundo a ordem previamente elencada na norma jurídica, não podendo se manifestar ou realizar seus atos sem que seja de acordo com o que determina a legislação.

Ao tratar sobre o princípio da legalidade administrativa, também conhecido como princípio da legalidade estrita, BINENBOJM (2008, p. 147), realiza uma elucidativa explanação de como tal princípio se manifesta:

A legalidade administrativa manifestar-se através de duas formas básica: (i) como princípio da preferência de lei (também chamado de princípio da precedência, compatibilidade, ou preeminência); ou (ii) como princípio da reserva de lei (ou conformidade).

O princípio da *preferência* da lei significa, para o direto administrativo, que o administrador público, em sua atuação, seja ela regulamentar, seja de atos concretos, não pode contrariar o que prescreve a lei, que terá preeminência em face de qualquer outro ato contrário a ela. Os atos contrários à disposição legislativa serão, assim, inválidos.

Já o princípio da *reserva de lei* significa que há determinadas matérias que só poderão ser tratadas (com maior ou menor detalhamento) por lei, em sentido formal ou material, a depender do que estabelece a Constituição. Significa uma vinculação positiva da Administração Pública às normas legais. Isto é: em caso de reserva de lei o Poder Público só pode agir se e conforme ao que autorizou ou estabeleceu a norma legal atributiva de competências. (grifos do original).

Nesse escopo, como princípio de preferência da lei, a Administração não poderá atuar contrariando o que dispõe a norma, enquanto que, como reserva de lei, aquela só poderá agir conforme estabeleceu a norma atributiva de competência.

Percebe-se, portanto, que a legalidade administrativa dirige-se tanto à Administração Pública, quanto aos seus agentes, uma vez que estes atuam de acordo com as competências que lhe forem atribuídas, não estando legitimados à extrapolar essa atribuição.

Repise-se, a Administração e o Administrador estão compelidos a realizar seus atos ou exercer alguma atividade, exclusivamente dentro da previsão legal para a realização de determinado ato ou para a competência da elaboração de alguma atividade.

O princípio da legalidade mostra-se, assim, como um instrumento de proteção dos administrados. Há que se lembrar que, com o exercício da democracia representativa, a elaboração da legislação é realizada, ainda que de certa forma, pelos próprios administrados. Ou seja, o controle daquilo que a Administração pode, ou não, fazer está nas mãos da população que, com isto, protege-se de possíveis arbitrariedades.

### 2.1.2 Princípio da Impessoalidade

Por vezes confundido com o princípio da igualdade, o princípio da impessoalidade possui dimensão diversa daquele. Enquanto a isonomia diz respeito à forma de tratamento, a impessoalidade trata da forma como a Administração age.

O Estado, ao realizar suas mais diversas tarefas, deve fazê-las de maneira impessoal, ou seja, sem vincular a ação ao agente público que está à frente daquele determinado órgão.

O princípio deriva da própria base do Estado, com o patrimônio público e o pensamento na coletividade.

Quando é promovida determinada ação governamental, seja ela uma obra, serviço, compra ou um programa social, esse investimento é custeado com recursos públicos, dinheiro de todos os cidadãos. Logo, não é possível dizer que uma obra foi feita por um determinado agente político, mas sim pelo Estado.

No Brasil, é possível ver o princípio da impessoalidade ser vilipendiado em milhares de exemplos, em especial, durante os períodos das campanhas eleitorais. São incontáveis os *jingles* e *slogans* de candidatos que afirmam ter realizado diversas obras e serviços à população, muitas vezes apropriando-se daquilo que é público.

Ainda sobre o princípio da impessoalidade, é importante destacar que este princípio tem sua aplicabilidade restrita à esfera meritocrática, não podendo ser estendido à responsabilidade administrativa, civil ou mesmo penal.

Um leitor mais desatento poderia compreender o princípio da impessoalidade como uma ferramenta de manobra para a mais absoluta irresponsabilidade dos agentes públicos, já que, não sendo pessoal a ação, não caberia a responsabilização personalística daquele que fere o patrimônio público.

Esse pensamento não é plausível. O princípio da impessoalidade diz respeito, exclusivamente, à vedação de utilização do patrimônio público como forma de promoção pessoal ou para atingir finalidades

escusas. Não é objeto aqui a vedação à responsabilização, que deve ocorrer sempre que restar comprovada a conduta ilícita do agente público que age com dolo ou culpa.

### **2.1.3 Princípio da Moralidade**

A CF/88 traz uma perspectiva profundamente modificadora da realidade jurídica nacional. Neste bloco de conceitos diferenciados, insere-se o princípio da moralidade, com o objetivo de trazer ao país uma Administração Pública mais séria, íntegra e honesta.

A moralidade é um conceito amplo, de difícil definição, pois assume facetas subjetivas que variam para cada qual. É um princípio que consiste num conjunto de mandamentos éticos.

RAMOS (2012, p. 480), em boa reunião das ideias expressas pelos mais diversos autores, assim traz o conceito geral de moralidade:

Nota-se, pois, que a moralidade administrativa reside num espaço que se encontra além da simples legitimidade do ato ou da legalidade das decisões, e que, de modo geral poderia ser definida como a exigência de seriedade no trato do bem público.

Destarte, é possível estabelecer como ofensivas à moralidade administrativa quaisquer práticas desvirtuadoras das genuínas finalidades públicas, bem assim todos aqueles subterfúgios utilizados pelo agente público para se esquivar de suas obrigações. Da mesma forma, contrariam a moralidade os desvios, os excessos ou os abusos do poder, porque camuflam a vontade legal, privilegiam o desmando, promovem o arbítrio, e por tudo isto golpeiam a ordem jurídica constituída. Além de tudo, também se mostra pertinente concluir como agressão à moralidade administrativa, qualquer atuação que resulte em lesividade a direitos ou interesses juridicamente protegidos e legalmente garantidos.

Percebe-se, assim, que a moralidade é um princípio que reveste-se de supra conceitos, como a moral, boa-fé, sinceridade, honestidade, justiça, dentre outros.



Mesmo que seja de difícil conceituação o princípio da moralidade, sua delimitação não é impossível, ainda que seja pela uso da exclusão. Neste sentido dois tópicos devem ser imediatamente excluídos do espectrograma deste princípio: a) a moralidade como a aplicação das leis; e b) a moralidade como um conceito religioso ou sexista.

A moralidade não é a simples aplicação da lei, para tal já existe o princípio da legalidade e não faria sentido criar dois princípios idênticos para o mesmo significado. Nas palavras de OLIVEIRA, é perfeitamente possível que o cumprimento da lei seja moralmente inadequado, daí a máxima: legal, mas imoral:

Por vezes, a doutrina confunde a moralidade com o cumprimento fiel da legislação, o que nos parece equivocado. Não se confundem os princípios da legalidade e da moralidade, conforme se observa pela leitura do art. 37 da CRFB que consagra os dois princípios de maneira autônoma. Em várias oportunidades, é perfeitamente possível que o cumprimento objetivo da lei seja moralmente inadequado. (2013, p. 100)

Por outro lado, também é equivocada a associação do princípio da moralidade com o conceito de moral e bons costumes numa acepção religiosa ou conservadora ou mesmo da simples moral individual, como padrão de conduta subjetiva de cada um.

Por exemplo, jamais poderia ser considerado um descumprimento ao princípio da moralidade administrativa quando uma determinada servidora pública utiliza saia curta para ir ao trabalho ou não cumprimenta estranhos que estejam circulando no mesmo espaço. Não é este o espectro de atuação do princípio da moralidade administrativa.

Diferentemente, existe, sim, afronta ao princípio da moralidade quando um gestor público fornece informações privilegiadas, vantagens indevidas, aceita subornos, entre outros, vale dizer, em absoluta consonância com aquilo que é vedado pelo Direito.

As situações são absolutamente distintas, o princípio da moralidade, ainda que aparentemente um conceito aberto, precisa ter a sua gama de atuação muito bem definida, sob pena de ter sua importância diminuída pela sua má-utilização em situações que não agregam os valores jurídicos preceituados.

CAMMAROSANO (2006, p. 113), em valorosa obra sobre este tema, esclarece a questão, dando concretude ao que parece ser de abstração ímpar:

Para o Direito só é relevante a ofensa a ele perpetrada. Mas sua reação é mais acentuada diante da invalidade (ofensa jurídica) decorrente de ofensa a valor ou preceito moral juridicizado. E é mais acentuada porque o próprio Direito assim estabelece.

Na medida em que o próprio Direito consagra a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública.

O princípio da moralidade administrativa está referido, assim, não diretamente à ordem moral do comportamento humano, mas a outros princípios e normas que, por sua vez, juridicizam valores morais.

Nota-se, assim, que o princípio da moralidade não pode ser utilizado para agasalhar uma infinidade de situações que confundem direito e moral. A moralidade enquanto princípio jurídico correlacionado ao direito administrativo deve ser interpretada à luz dos demais princípios e regras, sob pena de construir um grande monstro que se esvazia pela própria utilização inadequada.

### 2.1.4 Princípio da Publicidade

A publicidade exigida no direito administrativo é um direito da quarta geração, como ensina BONAVIDES (2008, p. 571). É o direito à informação, ao conhecimento da realidade que está sendo desenvolvida dentro da Administração Pública.

Com uma construção que possibilita o controle dos administradores pelos seus administrados, a publicidade dos atos administrativos é uma garantia fundamental para que seja assegurada a concretude da expressão “todo o poder emana do povo”, prevista no parágrafo único do artigo 1º da CF/88.

Não há como se falar em democracia sem publicidade ampla, sem acesso a informação, sem controle do Estado pela população e não o inverso. Esse papel de legitimação da publicidade é explanado por LAVALLE em seus estudos:

A opinião pública pode ser artificialmente fabricada, e, sem dúvida, as verdadeiras causas que animam as decisões políticas podem ser-lhe escamoteadas de modo a manipular sua orientação; entretanto, em meio a esses riscos e à sua própria ambiguidade, ela mantém seu potencial democratizador graças ao fato de que o processo de legitimação das decisões políticas não pode ocorrer totalmente à margem das práticas e espaços da publicidade. Note-se a mudança conceitual: trata-se agora de uma publicidade depurada de suas feições burguesas, consagrada como instância geral de intermediação entre o Estado e a única fonte insuprimível de legitimação nos regimes democráticos, ou seja, a sociedade (2001, p. 47)

O princípio da publicidade deve ser sempre o norte do administrador. Esta é a visão de GORDILLO (1998, p. XI-9) ao destacar a tendência medieval ao segredo ou a possibilidade vislumbrada por alguns para que negócios jurídicos sejam operacionalizados à revelia do interesse público, tendo por objetivo, tão somente, aqueles que pretendem vilipendiar a coisa pública, ou mesmo, para que os particulares não tomem conhecimento do assunto e não venham a questionar o objeto lícito.

Infelizmente, a publicidade e o acesso a documentos públicos são constantemente cerceados por meio de justificativas absurdas. São diárias as restrições à publicidade ampla e absoluta defendida por MEIRELLES:

[...] abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento de conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documentos público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais. (MEIRELLES, 2000, p.87)

Prova das dificuldades ao acesso de documentos públicos foi a necessidade de sancionar a Lei de Acesso a Informação, Lei nº 12.527/11 que em seu artigo 10 precisou positivar o óbvio:

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.

§ 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.

§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.

As vedações previstas nos §§ 1º e 3º demonstram uma realidade entristecedora. O fato de um Estado precisar de uma lei que vede a criação de exigências que inviabilizem o acesso a documentos públicos demonstra a imaturidade dessa democracia ou, no mínimo, dos agentes dela participantes.

A publicidade não é simplesmente uma obrigação de divulgar por divulgar, trata-se da necessidade de dar conhecimento das condições gerais de contrato, da abertura da licitação e da real publicidade dos atos administrativos (LAUBADÈRE, 1963. p. 61).

A publicidade é um processo de construção democrático que possui a função de evitar os arbítrios do Estado, os sigilos, as atuações pouco republicanas. Um princípio fundamental para que seja respeitado, inclusive, o contraditório e o livre acesso ao Poder Judiciário para ver seus direitos ali resguardados, como explica MORAES (2002. p. 104)

A publicidade faz-se pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processo arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os componentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias. (MORAES, 2002, p. 104)

A publicidade dos atos administrativos deve ser completa, não admitindo cerceamentos desnecessários. A possível alegação de sigilo só pode ser justificada quando isso for inevitável. Não é suficiente alegar que seja mais cômodo, menos oneroso ou mais agradável ao exercício do poder administrativo (SUNDFELD, 1994, p. 104-5). Ainda que seja necessário um custo maior ao Estado, a publicidade é um dever que precisa ser cumprido para que seja atingido um fim maior.

Nas palavras de NOGUEIRA, não há o que se falar em sigilo quando se trata de interesse e de patrimônio público:

Aliás, devemos dizer que sempre quando se tratar de interesses e de patrimônios públicos não há razão para sigilo. Embora muitos agentes utilizem, de má-fé e em desacordo com a moralidade, esta argumentação para arbitrariamente escamotear

dos cidadãos a realidade sobre a administração dos recursos públicos.

Devemos combater vigorosamente essa alegação de sigilo, principalmente, quando se tratar de interesses e de recursos públicos, pois, para se livrarem da obrigação de tornarem públicos seus atos e documentos relacionados, muitos argumentam, arditamente, com base no direito à intimidade e à privacidade, consagrados constitucionalmente. Isto ocorre comumente em relação ao sigilo bancário e fiscal, não somente dos agentes, mas também de alguns órgãos públicos, aos quais muitos agentes corruptos se agarram para tentar impedir que se esclareçam fatos ilícitos que têm envolvimento. (NOGUEIRA, 2010, p. 24)

Tem-se, portanto, a publicidade como um princípio da mais alta relevância, em que pese sua inobservância na prática em diversas oportunidades, fazendo necessário, até mesmo, a ingerência do Poder Judiciário para que seja garantido o devido respeito a este princípio constitucional.

### **2.1.5 Princípio da Eficiência**

O princípio da eficiência não constava do rol de princípios insculpidos no artigo 37 pela Constituinte, ele foi incluído pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

É possível afirmar que o princípio da eficiência sequer precisaria ser incluído no rol de princípios do caput do artigo 37. Trata-se de um princípio que sempre esteve lá, ainda que implícito.

A eficiência é mais que um simples norte daquele que faz a gestão da coisa pública, é uma segurança do administrado que possui o direito subjetivo de ter uma condução eficiente na aplicação dos recursos públicos, como ensina BOSCO:

Estes princípios integram as garantias dos administrados contra o mau uso dos recursos públicos, ou, como diz Marcelo Caetano, são meios criados pelo direito com a finalidade de prevenir ou remediar as violações do direito objetivo vigente (garantias de legalidade) ou as

ofensas dos direitos subjetivos ou interesses legítimos dos particulares (garantias dos administrados).

Isto significa dizer que o cidadão tem o direito subjetivo de ser governado por uma administração legal, impessoal, moral e eficiente, cujos atos sejam tornados públicos para que qualquer pessoa tenha a possibilidade de contestar aquilo que considera prejudicial ao seu interesse, ou, ao interesse público. Para isso, existem as chamadas garantias administrativas e judiciais, sendo, as primeiras, meios de defesa da legalidade e dos direitos individuais proporcionados pela utilização de órgãos da administração pública, enquanto que a segunda categoria representa a faculdade de defender, nos tribunais, a legalidade e os direitos ofendidos ou ameaçados. (2004, p. 78)

O princípio da eficiência guarda relação direta com uma análise econômica. Entretanto, é fundamental que se mantenha atenta a diferença entre a eficiência na iniciativa privada e a eficiência na gestão pública.

O número de variáveis envolvidas na iniciativa privada para considerar uma determinada produção eficiente é mais reduzido em relação à atividade pública. Em resumo, é eficiente a empresa que reduz custos para aumentar sua lucratividade.

Já na Administração Pública, o princípio da eficiência deve considerar outros aspectos que não necessariamente são considerados na iniciativa privada. A exigência desses fatores está explícita no artigo 23 da CF/88 ao estabelecer as competências comuns da União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - **cuidar da saúde e assistência pública**, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - **proteger o meio ambiente** e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - **fomentar a produção agropecuária** e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - **combater as causas da pobreza** e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Nota-se que as obrigações sociais do Estado são muito maiores que as urgências de uma empresa privada. Por este motivo, para considerar-se eficiente, o Estado deve ter em mente todas as variáveis envolvidas naquele determinado processo, além de considerar a tutela do meio ambiente, a geração de empregos, o fomento ao desenvolvimento nacional, o combate à pobreza, dentre outros.

Dessa forma, cabe ao gestor público atuar de forma eficiente em uma escala global: solucionar os problemas da sociedade, sem retirar do foco a complexidade das relações existentes naquela ação.

Exemplo recente da aplicação dessa eficiência, em um conceito diametralmente oposto à eficiência de uma empresa privada, é a margem de preferência estabelecida pelo artigo 3º, §§ 5º a 8º da LGL:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da



publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§ 7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5o.

§ 8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

A margem de preferência para produtos e serviços nacionais, de até 25% em relação aos estrangeiros, é um exemplo claro de aplicação dessa eficiência diferenciada da Administração Pública.

Se pensado o conceito de eficiência em uma empresa privada não faria o menor sentido que fosse pago a mais por um determinado produto ou serviço em razão deste ser nacional, em detrimento do importado.

Não obstante, quando se trata da eficiência do Estado, o desenvolvimento nacional sustentável é uma variável a ser considerada e deve ser relevada no cálculo da eficiência.

## 2.1.6 Regra da Licitação

Ainda que este capítulo trate dos princípios constitucionais referentes à licitação, é interessante trazer a obrigatoriedade de licitar com o objetivo de esclarecê-la e demonstrar que nem mesmo essa regra será descumprida no Regime Diferenciado de Contratações.

Não se entende, aqui, a licitação enquanto princípio jurídico, posto que não carrega um conteúdo valorativa a ser mensurado, mas sim uma obrigação, uma norma a ser cumprida por toda a Administração Pública, o que, sem dúvida, não retira a importância dessa regra constitucional.

A CF/88 inovou ao determinar a obrigatoriedade de licitar já no texto constitucional, trazendo uma nova perspectiva às contratações públicas, como alerta MELO FILHO:

A Carta de 1988 trouxe, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a menção expressa ao dever de licitar, incluído no inciso XXI do art. 37, que trata dos princípios e normas gerais da Administração Pública. Também em outras passagens, notadamente no inciso XXVII do art. 22 e no caput do art. 175, verificamos a atenção dispensada pelo constituinte originário ao procedimento de contratação do Estado.

Essa novidade, ampliando a importância dada às contratações públicas, demonstra o caráter diferenciado que os processos licitatórios recebem a partir de 1988.

Se antes os gastos públicos com contratos administrativos eram uma matéria relegada à esfera infraconstitucional, com a nova Carta Magna, a constituinte preocupou-se em dar a esta matéria uma nova perspectiva e relevância.

O inciso XXI do artigo 37 da CF/88 assim estabelece:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos

termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nota-se, portanto, que a CF/88 determina a licitação como uma regra geral a todos os contratos destinados às obras, serviços, compras, e alienações, devendo a legislação excepcionar as hipóteses em que não será aplicável tal exigência.

A legislação vigente fez essas exceções, estando elas expressas na Lei nº 8.666/93, em seus artigos 17 (licitação dispensada), 24 (licitação dispensável) e 25 (inexigibilidade de licitação) <sup>2</sup>.

---

2 Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se:

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;

II - a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares);

§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos:

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004;

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas;

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social.

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo:

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias;

II - fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite;

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo.

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei;

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado;

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador.

§ 6º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão.

---

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

---

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei:

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força.

Em nenhuma outra hipótese a Administração pode contratar sem licitação. Em verdade, tem-se por certo que as hipóteses expressas no artigo 25 da Lei nº 8.666/93 possuem natureza exemplificativa, visto que trazem algumas das situações nas quais é impossível realizar o processo licitatório. Nestes casos, ainda que o Constituinte não tenha sido claro, é mais do que evidente que, não sendo possível realizar o

---

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

§ 2º O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

processo licitatório este não pode ser exigido, sob pena de impedir o andamento da gestão pública.

Notoriamente, existe conceito fundamental que determina a obrigatoriedade de promover o processo licitatório, sob pena de ferir norma constitucional.

A questão que aqui reside deve ser observada sob um prisma mais crítico: segundo a CF/88, a legislação poderia fazer ressalvas às hipóteses em que deve ser promovida licitação (hipóteses de dispensa). Diante dessa assertiva, cabe o problema: teria o legislador liberdade infinita para definir quais são as hipóteses em que não é necessária a licitação? Ou, trazendo um conceito mais claro, poderia o legislador criar uma hipótese de dispensa, por exemplo, para contratações inferiores a um bilhão de reais?

Evidente que não, a norma legal depende de uma justificativa técnica que a embase. Neste passo, construir um sistema jurídico infraconstitucional que adultere a realidade estabelecida pela constituinte, invertendo uma polaridade regra-exceção, não pode ser considerado constitucional.

Não obstante, é preciso lembrar que a CF/88 não criou as normas burocratizadoras do processo licitatório, deixando essa competência para a legislação ordinária. Assim, não há empecilho constitucional em criar sistemas licitatórios mais simplificados visando dar maior eficácia ao desenvolvimento da sociedade.

Resta saber se essa simplificação possui o condão de eliminar o processo licitatório e transformá-lo em não licitação, ou se não, realmente existe a licitação ainda que de forma mais simplificada.

## 2.2 OS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS PREVISTOS NA LEI GERAL DE LICITAÇÕES

O processo licitatório pode ser definido como o conjunto de atos administrativos destinados à seleção da proposta mais vantajosa para o contrato de interesse da Administração<sup>3</sup>.

Mediante a licitação, a Administração pode obter, resguardada a fundamental isonomia entre os participantes, a proposta que lhe é mais favorável.

Logo, nota-se que o processo licitatório, em sua essência, possui três objetivos, em nítida ordem de importância: (a) garantir a igualdade

---

<sup>3</sup> O conceito de licitação será mais adequadamente abordado em tópico próprio.



nas condições de participação entre todos os particulares interessados no certame; (b) obter a proposta que seja mais favorável à Administração Pública; e (c) o desenvolvimento nacional sustentável.

Desses objetivos decorrem todos os demais conceitos relacionados à licitação. É o que demonstra o artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impressoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Todos os princípios arrolados pela legislação decorrem da tríade supramencionada.

O princípio da legalidade é decorrência direta da necessidade de preservação da isonomia no certame. Ao restringir a discricionariedade da Administração às questões com previsão legal, é promovida a igualdade entre as empresas, ao passo que todas disputarão o certame com as mesmas regras.

O mesmo conceito é válido ao princípio da impessoalidade, segundo o qual a Administração deve agir de forma impessoal, não podendo confundir relações do foro íntimo com a atividade Administrativa. Sua relação com a igualdade é evidente.

O princípio da moralidade é também um nítido produto do binômio anteriormente aduzido. Ao exigir uma atuação moral do Administrador, o legislador estabeleceu um parâmetro que coloca em primeiro plano, em qualquer situação, a vantagem para a Administração Pública e a isonomia entre os licitantes.

O princípio da probidade administrativa, ainda que de conteúdo materialmente distinto do princípio da moralidade<sup>4</sup>, possui a mesma relação com o binômio vantagem-isonomia.

---

<sup>4</sup> O princípio da moralidade distingue-se do princípio da probidade administrativa pelo conteúdo de suas respectivas abrangências. Enquanto o princípio da probidade administrativa vincula-se aos atos de improbidade - aqueles arrolados pela Lei de Improbidade Administrativa

A vinculação ao instrumento convocatório adota, ao mesmo passo, cristalina correlação com a estrutura ora desenvolvida. Vincular as decisões administrativas aos critérios previamente estabelecidos pelo edital é garantir que as empresas não serão eliminadas do certame por razões novas ou pela ausência de documentos que não foram anteriormente solicitados. Com isto, está assegurada a isonomia no certame.

O mesmo raciocínio é válido para o princípio do julgamento objetivo: toda essa construção principiológica seria inócua caso a Administração pudesse estabelecer, ainda que previamente, critérios subjetivos de julgamento. Nesta hipótese estariam fadadas ao fracasso a isonomia e a vantagem à Administração, já que a escolha se daria pela vontade do administrador e não pelo interesse público.

Por fim, diferencia-se dessa relação o princípio da publicidade que, não obstante sua relação indireta com os princípios supracitados, a obrigatoriedade de divulgação das informações relacionadas à Administração Pública possui natureza diversa dos demais tópicos elencados.

Enquanto os demais princípios podem ser considerados finalísticos, ou seja, possuem um objetivo final, como assegurar a moralidade, vinculação ao edital ou um julgamento objetivo, a publicidade distingue-se por ser um princípio de condução, ou um princípio de meio.

O objetivo do legislador com a publicidade não é a pura divulgação inócua de informações, mas sim, permitir o controle da sociedade sobre o Estado e, por fim, chegar à isonomia na participação e à tutela da coisa pública, com a contratação da proposta mais vantajosa para o erário, ou como assevera GARCIA:

A publicidade é elemento da essência do processo licitatório: se a lei busca preservar o atendimento ao princípio da isonomia no acesso dos interessados à realização das obras, serviços e todas as modalidades ad negocia dos particulares com a Administração Pública e, por outro lado, garantir a seleção ou escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público – a publicidade dos atos desse processo demonstra-se de fundamental importância. (1995, p. 10)

A publicidade é elemento essencial à concretização do Estado Democrático de Direito. Sem a necessária publicidade das informações pertinentes à Administração Pública, em especial, às suas contratações, o administrado não pode exercer o necessário controle dos atos administrativos.

Logo, o princípio da publicidade também pode ser arrolado como meta essencial a ser atendida, visto que, não observada esta diretriz fundamental, todos os demais princípios correm sério risco de serem rasgados ou deturpados.

### **2.2.1 Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade nos processos licitatórios é mais do que um mero princípio, trata-se de um meta valor que assume não apenas a sua função principiológica, mas também o caráter de objetivo central do processo licitatório.

Em que pese o fato de o conhecimento superficial do processo licitatório poder conduzir o intérprete à falsa sensação de que a licitação destina-se a garantir a proposta mais vantajosa à Administração Pública, o princípio da igualdade é o motivo básico pelo qual se realiza a licitação, sendo seu principal objetivo.

Se a vantagem fosse o objetivo primário a licitação, esta sequer seria obrigatória, visto que notoriamente é mais vantajoso para a Administração (considerando o interesse público secundário) realizar a contratação sem licitação, sendo assim mais rápido, mais eficiente, menos burocrático, obtendo produtos e serviços de maior qualidade e, provavelmente, mais baratos.

Essa necessidade de observar a isonomia como um princípio acima dos demais nos processos licitatórios é bem explicado por NIEBUHR:

Na realidade, o princípio da isonomia é a causa mor da licitação pública, prevalecendo sobre quaisquer outras. A licitação pública serve para franquear a todos os possíveis interessados em colher os benefícios de contrato administrativo as mesmas oportunidades. Quer-se dizer que, sem licitação pública, os supostos interessados inevitavelmente não são tratados com igualdade, delineando-se, por certo, agravos à isonomia.

Todavia, a ausência de licitação pública não implica, necessariamente, descompasso com a moralidade administrativa e com a finalidade pública, que, mesmo sem ela, podem permanecer intactas. (2011, p. 34)

Há que ser lembrado, entretanto, que o princípio da igualdade não pode ser construído de forma a obter uma igualdade formal (de tratamento), mas sim uma igualdade material (de resultado).

A igualdade deve ser um objetivo a ser alcançado e não uma suposta aplicação igualitária de maneira a, sob um discurso de tratamento idêntico a todos, esconder a verdadeira perpetuação das desigualdades já existentes.

A importância dessa distinção entre igualdade formal e material é bem suscitada por CADEMARTORI em sua obra:

Com a normatização da igualdade formal, parte-se do pressuposto de que os homens devem ser considerados como iguais (abstraindo suas diferenças pessoais, tais como, raça, sexo, etc.) Com a afirmação da igualdade substancial, sustenta-se que as diferenças sociais devem ser levadas em conta, mas os homens devem ser iguais na medida do possível. Então chamará o autor de diferenças as diversidades do primeiro tipo e desigualdades as do segundo. (1999, p. 166)

Na esfera dos processos licitatórios podem ser dados exemplos de aplicação do princípio da isonomia sendo utilizado para dar um tratamento diferenciado.

Como caso de um tratamento diferenciado em uma discriminação positiva, no sentido de que amplia a competitividade para essas empresas, tem-se a proteção dada às Micro e Pequenas Empresas pela Lei Complementar nº 123/06, que estabelece algumas vantagens a essas empresas nos certames licitatórios, além das tributárias pela adoção do regime SIMPLES de tributação.

Por outro lado, também é possível a discriminação negativa, restritiva de competitividade, como ocorre com a fase de habilitação nos processos licitatórios, nada mais sendo que a Administração definindo aqueles que podem e aqueles que não podem ser contratados em decorrência da sua capacidade jurídica, técnica, econômica ou fiscal.

## 2.2.2 Princípio da Probidade Administrativa

O princípio da probidade administrativa se assemelha à já comentada moralidade. Contudo, tais princípios não se confundem, enquanto a moralidade possui natureza subjetiva, ligada ao conceito de moral e sua amplitude interpretativa, o princípio da probidade administrativa possui caráter objetivo sendo o primado relacionado ao cumprimento das regras estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92 em seus artigos 9º, 10 e 11<sup>5</sup>.

---

5 Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Em tendo o agente público agido dentro de uma das categorias predefinidas pela Lei nº 8.249/92, está sendo ferido o princípio da probidade administrativa.

Nota-se, assim, que o princípio possui espectro fechado de aplicabilidade, tendo sua extensão restrita às hipóteses já definidas pela legislação em vigor.

### **2.2.3 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório diz respeito à necessidade de cercear a liberdade da Administração às regras predefinidas no diploma editalício.

O conceito básico de vinculação ao instrumento convocatório é impedir que o julgador, no momento de averiguação quanto à aceitabilidade ou não de uma determinada licitante, defina com base em seus próprios critérios, qual será o resultado daquele certame.

A vinculação ao edital é, sem dúvida, ponto de máxima importância para o legislador. Tanto é que a Lei nº 8.666/93 além de prever o princípio junto aos demais, em seu artigo 3º, traz a norma do artigo 41: *“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”*

Essa preocupação com o não descumprimento das normas do edital mostra-se interessante do ponto de vista da integridade do certame e total isonomia no julgamento. Todos devem seguir as normas prescritas no edital, sendo que ninguém será eliminado sem descumpri-las e ninguém poderá ser admitido sem atender a todas as regras editalícias. É o que ensina MEIRELLES (1991, p. 29):

A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, as propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.

---

(...)

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das ofertas, e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato se afastasse do estabelecido, e admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.

A clareza nas lições de Meirelles mostra o porquê desse doutrinador ser considerado por muitos o maior nome na área de licitações e contratos administrativos.

Como diz o autor, nem se compreenderia que fossem fixadas normas no edital que depois a própria Administração pretendesse descumprir. Tal afirmação é de lógica patente que, atualmente, passou a ser ignorada em diversas doutrinas e mesmo na jurisprudência.

Ocorre que, em que pese a naturalidade do conceito da vinculação ao instrumento convocatório, tornou-se comum a utilização deste princípio com o objetivo de eliminar o maior número possível de licitantes.

Alguns editais, buscando o direcionamento da licitação a empresas que seriam favorecidas passaram a recheiar o instrumento convocatório de regras inúteis, com o único objetivo de vê-las descumpridas por aqueles menos atentos.

Diante desse novo contexto, a doutrina e a jurisprudência foram se alterando de forma a evitar essa manipulação do processo licitatório. O ápice dessa mudança foi a implementação do Pregão e toda a mudança de cultura por ele trazida, como ensina BOSELLI (2009, p. 38):

Tem que haver uma mudança significativa de postura das pessoas envolvidas com o pregão, em especial por parte da Administração Pública. A utilização satisfatória do pregão implica evitar decisões excessivamente formalistas que acabam por reduzir o número de propostas em condições de serem aproveitadas no certame.



Atualmente, diante da necessidade de se impedir a manipulação do certame por meio de regramentos esdrúxulos, a jurisprudência é pacífica quanto ao dever de observar a finalidade da vinculação ao instrumento convocatório, como mostra o julgado do Tribunal de Contas da União:

Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato. (2003)

Essa mudança na visão do princípio da vinculação ao edital não quer dizer, entretanto, que se trata de um princípio a ser desconsiderado. Pelo contrário, o conceito permanece válido e fundamental na análise e julgamento dos processos licitatórios.

A diferença traz aquilo que pode ser nominado como o formalismo moderado no julgamento dos processos licitatórios. Permanece, assim, válido o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, aplicado de forma a observar sua finalidade, evitando a desclassificação ou inabilitação por motivos desarrazoados.

## **2.2.4 Princípio do Julgamento Objetivo**

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao longo de seu texto normativo, estabelece critérios objetivos a serem estritamente observados pelo administrador público quando este for realizar a análise das propostas que lhes são postas durante o processo licitatório, bem como qualquer ato decisório que venha realizar.

Tal forma de reger as decisões administrativas concerne à observância do princípio do julgamento objetivo, norma basilar expressa na citada Lei nº 8.666/93, mais precisamente, em seu art. 3º.

O julgamento objetivo nada mais é do que a Administração reger as suas decisões de acordo com o que está previamente estabelecido no instrumento convocatório, ou seja, o administrador ao realizar a análise das propostas dos licitantes, por exemplo, deve fazê-lo seguindo os critérios elencados no Edital.

Assim, diz-se que o princípio do julgamento objetivo está relacionado ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, haja vista que, como dito, os critérios de julgamento deverão estar previamente estabelecidos no edital.

Logo, o ato convocatório deverá ser confeccionado sobre critérios objetivos, devendo a Administração afastar de sua elaboração qualquer exigência que possa vir a macular essa premissa, caso contrário, estar-se-ia pondo em risco a lisura do julgamento que será realizado.

Frise-se, ademais, que tanto o princípio do julgamento objetivo, como os princípios da vinculação ao edital se completam, tornando-se premissas máximas que evitam desigualdades durante o processo licitatório, fazendo com que este se realize desde o seu início até o seu término, de forma impessoal e isonômica.

Nesse escopo, ao efetuar seus julgamentos nos processos licitatórios, o Poder Público deve se afastar de influxos subjetivos, como bem nos elucida MELLO (2003, p. 489), ao tratar sobre esta norma fundamental:

O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora.

Objetiva este princípio, tão somente, estabelecer um limite na discricionariedade do julgamento a ser efetuado pelo órgão público nas licitações, para que não haja prejuízo ao interesse público, ou tratamento não isonômico entre os participantes da licitação.

Reconhecendo a sua importância, o legislador brasileiro estabeleceu as regras relativas a este princípio no ordenamento jurídico, como bem pode ser percebido na leitura dos artigos 44 e 45 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos<sup>6</sup>.

---

6 Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

No artigo 44 da Lei 8.666/93, tem-se expressa a máxima deste princípio, ao se estabelecer que a comissão ao realizar o julgamento das propostas dos licitantes, deverá levar em consideração os critérios objetivos definidos no edital, vedando em seu parágrafo primeiro a utilização de qualquer critério subjetivo, que possa elidir a igualdade entre os participantes.

Enquanto que, o artigo 45 estabelece, novamente, que o julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão realizar este julgamento de acordo com os tipos de licitações e os critérios estabelecidos no Edital.

Portanto, a Administração está obrigada, ao realizar os seus julgamentos, a seguir o que estabelece as exigências editalícias.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também às propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importações de qualquer natureza.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

§ 3º No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior.

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

§ 5º É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

§ 6º Na hipótese prevista no art. 23, § 7º, serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a quantidade demandada na licitação.

Imperioso destacar que a objetividade absoluta nem sempre é fácil de ser alcançada, sobretudo em alguns processos licitatórios. Isto ocorre, tendo em vista os critérios que serão postos a exame.

O caso se torna mais complexo à medida que o serviço que está sendo contratado ganha natureza mais intelectual. Em regra, quanto mais intelectual o serviço a ser prestado, mais difícil será a sua objetivação no desenvolvimento do certame.

Nessas licitações, devido ao objeto que se almeja contratar, critérios como qualidade, técnica e rendimento são indispensáveis para a aferição das propostas dos licitantes, são os certames desenvolvidos por melhor técnica ou técnica e preço.

Mesmo nestes casos, critérios técnicos objetivos devem ser alçados como pontuação, tal qual a quantidade de profissionais com determinada titulação acadêmica, o número de vezes que o serviço foi prestado ou mesmo o tempo de serviço daquela determinada empresa.

Quando os critérios objetivos não forem suficientes para atender às necessidades da Administração, por óbvio está-se diante de uma situação de inexigibilidade de licitação, na qual não cabe o processo licitatório para promover a escolha do contratado. É a hipótese definida pelo artigo 25, II da Lei nº 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Mesmo vedando a contratação por inexigibilidade para as atividades de publicidade e propaganda, o legislador desenvolveu uma solução elaborada na forma da Lei nº 12.232/11, que disciplina regras para as licitações na área de publicidade, mantendo as relações de subjetividade inerentes às áreas que envolvem critérios artísticos ou criativos, mas minorando os seus efeitos prejudiciais à isonomia ao criar uma subcomissão técnica específica que, em análise cega (sem identificação dos participantes) define qual a pontuação que será atribuída a cada empresa.

Nesse escopo, o julgamento concreto do certame de forma objetiva é verdadeira garantia ao participante da licitação,

impossibilitando que a Administração utilize critérios não previstos no Edital, respeitando a igualdade entre os licitantes.

### **2.2.5 Princípios Correlatos**

A Lei nº 8.666/93, ao apresentar o rol de princípios aplicáveis às licitações e contratos administrativos, optou por adotar uma técnica redacional diferenciada, deixando uma abertura principiológica, ao elencar princípios correlatos dentre os possíveis de serem utilizados.

A doutrina não possui unanimidade quanto aos princípios que podem ser inseridos na expressão “correlatos”. Dentre os mais comumente encontrados nos trabalhos desenvolvidos, podem ser destacados:

- a) indisponibilidade do Interesse Público;
- b) supremacia do Interesse Público;
- c) adjudicação Compulsória;
- d) competitividade;
- e) sigilo das Propostas;
- f) motivação;
- g) padronização;
- h) oposição;
- i) livre Concorrência
- j) economicidade;
- k) eficiência; e
- l) boa-fé objetiva.

A lista de princípios que podem ser incluídos no rol de princípios correlatos tende ao infinito, ao depender da escola utilizada pelo autor em estudo.

Para os fins do presente trabalho, mostram-se de maior relevância os princípios gerais de direito administrativo, além daqueles que atuam na esfera civil, mais especificamente, no ramo contratual, aplicáveis subsidiariamente aos contratos administrativos.

Na lista, não foram elencados a razoabilidade e a proporcionalidade, comumente destacados pelos cursos e manuais da matéria, por entender que esses conceitos são desdobrados como regras, e não princípios, como explica ÁVILA (1999):

O dever de proporcionalidade não é um princípio ou norma princípio. Senão, vejamos: sua descrição abstrata não permite uma concretização

em princípio gradual, pois a sua estrutura trifásica consiste na única possibilidade de sua aplicação; a aplicação dessa estrutura independe das possibilidades fáticas e normativas, já que o seu conteúdo normativo é neutro relativamente ao contexto fático; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o seu conteúdo não irá ser modificado no entrechoque com outros princípios. Não bastasse, a proporcionalidade não determina razões às quais a sua aplicação atribuirá um peso, mas apenas uma estrutura formal de aplicação de outros princípios.

Na mesma linha, pode ser consultado SILVA (2002), em artigo esclarecedor nominado “O proporcional e o razoável”.

Por estes motivos, não serão considerados como princípios no presente trabalho as regras da proporcionalidade e da razoabilidade.

## 2.3 OS PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS TRAZIDOS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

A lei do Regime Diferenciado de Contratações traz, no seu artigo 3º, os mesmos princípios aludidos na Lei nº 8.666/93, aqui já trabalhados, incluindo três outros: a) eficiência; b) economicidade; e c) desenvolvimento nacional sustentável.

O princípio da eficiência, por sua inserção no texto constitucional já foi abordado no presente trabalho.

Os princípios da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável já constavam também do rol de princípios da Lei nº 8.666/93, estando este último elencado como um objetivo da licitação desde a reforma promovida pela Lei nº 12.349/10 e sendo aquele um dos princípios que podem ser considerados inseridos na categoria de princípios correlatos, ao final do artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

Ainda assim, por uma questão de organização e fluência do presente estudo, esses princípios foram destacados dos demais para construir um tópico próprio aos diferenciais explícitos do RDC.

### 2.3.1 Princípio da Economicidade

O princípio da economicidade por vezes é confundido com o princípio da eficiência. Contudo, tais conceitos não se misturam. Enquanto a eficiência deve ser compreendida como a consecução do maior resultado com o menor dispêndio de recursos, a economicidade atém-se, exclusivamente, à redução dos gastos públicos.

Essa construção advém da ideia da verba pública como sendo o dinheiro de toda a população e, assim sendo, deve ser gasto com parcimônia, sem esbanjamentos ou gastos desnecessários.

Se os recursos públicos pertencem a todos eles devem ser gastos da forma mais comedida possível, sem extravagâncias.

De plano já é possível perceber o quanto esse princípio é atacado diuturnamente nas mais diversas entidades públicas. O dinheiro público deve ser utilizado para os fins estritamente necessários.

Fere o princípio da economicidade a contratação de objetos estranhos às necessidades daquele determinado órgão. Por exemplo, um determinado Tribunal não realizará sua atividade judicante melhor ou pior se seu piso for coberto por tapetes persas caríssimos. Tampouco seria acrescida qualidade nas ações de uma determinada Secretaria se esta adquirisse obras de arte de artistas consagrados com o objetivo de transformar seu saguão em uma galeria<sup>7</sup>.

Nota-se, desta forma, que é possível, em uma mesma contratação, ter um Estado eficiente e, ao mesmo tempo, antieconômico.

Seria este o caso se um determinado Município adquirisse Ferraris para compor sua frota da guarda municipal, pela metade de seu preço original de venda. Ainda que pudesse ser arguida a patente eficiência desse município que adquire um veículo caríssimo por preço bem abaixo do valor de mercado, é latente o desperdício de recursos públicos com a aquisição de itens que são absolutamente desnecessários à execução da atividade administrativa.

### 2.3.2 Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável

A Lei nº 12.349/10 inseriu no texto do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 o desenvolvimento nacional sustentável como um dos

---

7 Evidentemente não está aqui sendo discutida a aquisição de obras de arte para fins de promoção da cultura pelo Estado, mas sim a utilização de recursos públicos em grande monta com finalidade puramente estética e desnecessária.

objetivos da licitação e esse objetivo, quando da redação da Lei do RDC, transformou-se em princípio.

O desenvolvimento nacional sustentável é um princípio de diversas facetas. Quando da sua inauguração, na reforma da Lei nº 8.666/93, seu objetivo era claro enquanto norma protetora do crescimento do país e de sua economia. Os §§ 5º e 6º do artigo 3º da LGL deixa isso bem claro, ao determinar:

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

- I - geração de emprego e renda;
- II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;
- III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
- IV - custo adicional dos produtos e serviços; e
- V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

É claro o objetivo do legislador de tratar o conceito de desenvolvimento nacional sustentável como um campo ligado à economia nacional e ao desenvolvimento, no Brasil, de emprego, renda, arrecadação, tecnologia, dentre outros.

Mesmo mantidas essas preocupações, o conceito de sustentável, inserido na expressão “desenvolvimento nacional”, passou a ganhar contornos ambientais e critérios de sustentabilidade, no sentido de pensar a construção de um panorama que se desenvolva e se mantenha ao longo do tempo.

Sem dúvida, é um divisor de águas na Administração Pública, que busca interromper com uma cultura de visão míope de governo na qual o mais distante que se pode enxergar é um horizonte de quatro anos, para transformar esse conceito e lembrar da importância das ações presentes para a sociedade futura, ainda que esse tempo distante seja daqui a dez, vinte, cinquenta anos, ou mesmo daqui a alguns séculos.



A preocupação patente é a de responsabilidade com as gerações futuras, fruto de um desenvolvimento das agendas sociais e ambientais atuais, pensando na construção de um Estado que se torne mais construtivo e menos imediatista.



### **3 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRADICIONAL**

Em 30 de outubro de 2007, o Brasil foi eleito sede da Copa das Confederações-2013 e da Copa do Mundo FIFA-2014, acompanhado pela eleição do Rio de Janeiro como sede das Olimpíadas-2016, em 02 de outubro de 2009.

Esses três grandes eventos esportivos, de porte internacional e de notória visibilidade, trouxeram grande preocupação no que diz respeito à eficiência da Administração Pública brasileira e a capacidade de sediar grandes eventos esportivos..

Logo começaram diversas especulações acerca da viabilidade ou não de organização dos eventos. Jornalistas e cientistas políticos discutem questões como corrupção, eficiência administrativa e, evidentemente, a legislação em vigor.

Assim como em outros momentos de clamor popular, a legislação foi tomada pelo governo como ultrapassada e, segundo muitos, urgia por uma adaptação para fazer frente aos grandes desafios que agora seriam tomados.

Em agosto de 2011, a Lei Geral de Licitações - LGL, de 21 de junho de 1993, pouco depois de completar seus 18 anos, já era tida, por muitos críticos<sup>8</sup>, como retrógrada, ultrapassada e um empecilho à boa Administração Pública.

Assim pregava-se a necessidade de uma reformulação da legislação em vigor, que veio em 04 de agosto de 2011, com o advento da Lei nº 12.462/11<sup>9</sup> e a sua posterior regulamentação, com o Decreto nº 7.581/11.

---

<sup>8</sup> As críticas ao RDC serão apresentadas no capítulo quarto do presente trabalho.

<sup>9</sup> A Lei nº 12.462/11 é fruto da conversão da medida provisória nº 527/11, cujo teor era fazer adaptações na legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Ocorre que a medida provisória - MPV, em seu texto original, não tratada de nenhum tema relacionado à legislação de licitações. Enquanto a MPV possuía apenas 18 artigos, a sua conversão em Lei ficou com texto final de 70 artigos, com a inclusão de um capítulo totalmente novo, justamente este que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações. Por esta razão, a legislação é muito criticada pela inclusão no projeto inicial de matéria totalmente diversa. A este tipo de inserção é dado o nome pejorativo de “contrabando legislativo”. Não obstante a evidente importância do tema, dada a natureza absolutamente diversa do estudo ora em tela, considerando que o presente trabalho aborda aspectos materiais da legislação em vigor e que o problema supramencionado implicaria em questões processuais, optou-se por focar este estudo apenas no mérito da constitucionalidade de seus dispositivos, deixando, assim, as questões formais de seu processo legislativo para um estudo posterior, que complementará o presente trabalho.

Inicialmente prevista para atender somente às necessidades de celeridade e eficiência dos grandes eventos esportivos, a legislação já teve, até o momento da apresentação do presente estudo, três alterações aumentando suas hipóteses de abrangência previstas no artigo 1º:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

**IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)**

**V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.**

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

**§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. (grifou-se)**

Além da inserção do artigo 63-A, que inclui a hipótese de obras nos aeródromos públicos como uma nova possibilidade de utilização do RDC:

Art. 63-A. Os recursos do FNAC serão geridos e administrados pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República ou, a seu critério, por instituição financeira pública federal, quando destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos. (Incluído pela Lei nº 12.833, de 2013)

**§ 1º Para a consecução dos objetivos previstos no caput, a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, diretamente ou, a seu critério, por intermédio de instituição financeira pública federal, realizará procedimento licitatório, podendo, em nome próprio ou de terceiros, adquirir bens, contratar obras e serviços de engenharia e de técnicos especializados e utilizar-se do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.**

§ 2º Ato conjunto dos Ministros da Fazenda e da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República fixará a remuneração de instituição financeira que prestar serviços, na forma deste artigo. (grifou-se)

Às vésperas da publicação do presente trabalho também foi inserida nova hipótese de abrangência do RDC, embora não alterada a Lei nº 12.462/11. Essa nova possibilidade está na Lei nº 12.873/13, em seu artigo 1º:

Art. 1º Fica a Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB autorizada a utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para a contratação de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural.

A nova regra licitatória, inicialmente prevista para os grandes eventos esportivos, em dois anos, já abarca cinco outros setores da economia: a) obras do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC (Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012); b) obras destinadas ao sistema público de ensino (Lei nº 12.722, de 03 de outubro de 2012); c) obras no Sistema Único de Saúde - SUS; d) obras nos aeródromos públicos; e e) obras nas unidades armazenadoras de produtos agropecuários<sup>10</sup>.

Percebe-se uma tendência a carregar objetos dantes pertencentes à LGL para o novo Regime Diferenciado de Contratações. Essa transposição evidencia a importância do estudo do tema.

### 3.1 O CONCEITO TRADICIONAL DE LICITAÇÃO

A licitação é o processo administrativo isonômico mediante o qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse e, mais recentemente, priorizando o desenvolvimento nacional sustentável.

Esse processo administrativo destina-se, nas palavras utilizadas pelo legislador ordinário, em primeiro plano a garantir a isonomia no momento da seleção do contratado.

De pronto, cumpre desfazer equívoco contumaz, quando da leitura do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, no qual poderia ser entendido que a isonomia e a vantajosidade estariam em um mesmo plano de importância. Esta não é a melhor leitura do dispositivo, que assim estabelece:

---

<sup>10</sup> Também se aplica às normas alteradoras do RDC o comentário supra, no que tange às críticas sobre o contrabando legislativo.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O legislador invoca três objetivos fundamentais à licitação, na ordem: (a) isonomia; (b) vantajosidade; e (c) desenvolvimento nacional sustentável.

Ao menos quanto ao primeiro objetivo, é inegável que este se sobrepõe aos demais. A licitação é, precipuamente, um instrumento garantidor da isonomia. Equivoca-se aquele que acredita que a licitação destina-se, fundamentalmente, à recepção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A licitação é um processo burocrático, moroso, tecnicista e formalista. Em tese, é inquestionável que, sem o processo licitatório, a Administração conseguiria contratar melhor, mais rápido e mais barato.

Ora, então por que fazer licitação? Por que deve o Estado desembolsar vultosos recursos públicos para desenvolver processos administrativos lentos, que não conseguirão trazer mais benefícios para a sociedade que uma contratação direta traria?

Infelizmente, a escolha discricionária do fornecedor, sem critérios objetivos previamente existentes e normas rígidas de controle termina, ao contrário daquilo que se previa, em contratações muito mais caras e ineficientes.

Essa disparidade de resultados é consequência de um fenômeno que permeia a história do Estado, que é a corrupção<sup>11</sup>.

Diante desse cenário, o legislador optou por instalar um sistema que, desde a CF/88, passou a ter caráter constitucional, disposto expressamente no seu artigo 37, XXI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados,

---

<sup>11</sup> Em estudo promovido sobre a corrupção, a Federação de Indústrias do Estado de São Paulo calculou que o custo médio da corrupção no Brasil é de 1,38% a 2,3% do PIB, ou seja, 41,5 a 69,1 bilhões de reais, considerando o PIB à época (FIESP, 2010).

do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Logo, conforme determina o texto constitucional, ressalvadas as hipóteses previstas na legislação, a licitação é uma obrigatoriedade que deve ser cumprida sempre que a Administração pretender contratar obras, serviços, compras e alienações.

Esse processo licitatório, necessário a garantir a isonomia na contratação, seria um paralelo ao concurso público, instituído para garantir a seriedade nas contratações daqueles que trabalharão junto à Administração, como ensina BACELLAR FILHO:

Pode-se citar a licitação e o concurso público como os dois principais instrumentos de garantia de eficiência na atividade administrativa. Ambos os certames destinam-se à seleção de agentes qualificados, do ponto de vista técnico, para o desempenho de atividades inerentes à Administração Pública. (2005, p. 45).

Segundo a CF/88, esse processo licitatório precisaria ser regulamentado por legislação ordinária, o que foi feito em 1993, por meio da Lei nº 8.666/93, que veio para substituir o antigo Decreto nº 2.300/86.

A competência para a elaboração de uma legislação que trate de licitações, por sua vez, é, inquestionavelmente, da União, conforme estabelece o artigo 22, XXVII da CF/88:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:



[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

A Lei Geral de Licitações vem com o objetivo de moralizar a Administração Pública em um momento político muito singular no Brasil, no qual o país havia acabado de passar pelo único processo de *impeachment* presidencial já visto na sua história.

Tem-se, assim, um processo que visa tornar mais transparente e objetivo o sistema de escolha daqueles que serão contratados pela Administração Pública.

Esse processo de escolha tem sua base estruturada nos princípios que regem a Administração Pública e aqueles elencados na Lei nº 8.666/93, como: isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e aqueles que lhes são correlatos.

Logo, a licitação terá por ideia essencial o desenvolvimento de um processo de escolha daquele que será contratado pela Administração por meio de critérios previamente definidos. Nas palavras de DALLARI:

A licitação está para os contratos assim como o concurso público está para as pessoas. Quando a Administração Pública precisa de agente nos seus quadros funcionais, faz um concurso público, ou seja, adota um procedimento administrativo tendente à seleção de pessoas que serão, depois, nomeadas. Quando a Administração Pública precisa de bens, de serviços, da realização de obras, faz uma licitação para selecionar alguém com quem, posteriormente, irá contratar.

A licitação não leva a despesa nenhuma, não acarreta, ela mesma, qualquer despesa. A licitação é um procedimento preliminar a um contrato. O contrato, sim, é que vai acarretar um comprometimento orçamentário. Dele vai resultar uma movimentação patrimonial, econômica,

financeira. Mas da licitação não, pois ela termina com a escolha de alguém com quem se pretende contratar, sendo que em certos casos o contrato pode até não se realizar. (DALLARI, 2006, p. 22)

Com o mais elevado respeito, este último conceito trazido pelo renomado doutrinador, de que a licitação não traria nenhuma despesa, não é uma verdade absoluta. Ainda que, indiscutivelmente, a licitação não tenha por objetivo o desembolso de recursos para a consecução de um determinado fim, é inegável que a realização de qualquer processo administrativo demanda o desembolso de recursos não apenas financeiros, mas também de tempo e pessoal.

Com o processo licitatório instituído pela Lei nº 8.666/93, cria-se um sistema que, segundo seus críticos mais vorazes, impede o bom andamento da Administração. Considerando esses entendimentos, o legislador trouxe ao ordenamento jurídico o novo Regime Diferenciado de Contratações.

### 3.2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO EM VIGOR

Como seu nome esclarece, o objeto do presente estudo é um novo Regime de Contratações Públicas. Partindo dessa definição legal, já é possível aventar a primeira discussão quanto a essa nova forma de licitação: seria o RDC uma nova modalidade de licitações?

Essa pergunta gera grande discussão doutrinária. Vários juristas posicionam-se no sentido de que o RDC não poderia ser nominado como modalidade de licitação, visto que o legislador não utilizou essa nomenclatura.

Perpassado o viés exageradamente positivista dessa interpretação, este não é o melhor raciocínio jurídico a ser desenvolvido sobre o caso.

Desenvolvendo estudo mais aprofundado sobre a discussão, MOREIRA e GUIMARÃES (2012, p. 355) trazem conceito mais apropriado:

A Lei 12.462/2011 instalou nova modalidade de licitação, ao criar mais um - e um só - tipo de processo administrativo licitatório. Lembre-se de que, ao tratar das modalidades de licitação normativamente permitidas, a LGL disciplinou a tipologia dos processos administrativos

pertinentes às licitações públicas. Isto é: quando o art. 22 da LGL fala de “modalidades de licitação”, está a tratar de tipos fechados de processo administrativo licitatório<sup>12</sup>. A diferença substancial entre as modalidades não está só no número de interessados. Nem nos valores das contratações ou apenas no momento e/ou critérios de habilitação. Muito embora tais dados sejam relevantes, a verdadeira distinção entre as modalidades reside no tipo de processo administrativo a ser instalado como requisito à futura contratação. Constatação que autoriza a conclusão de que se está diante de outro tipo licitatório fechado, o tipo licitatório do RDC.

O RDC não utiliza a nomenclatura de modalidade porque a sua ideia central é o afastamento (ao menos em regra geral) da Lei nº 8.666/93. Afastada a legislação que cria as modalidades tradicionais de licitação, não cabe falar em modalidade, visto que esse conceito é característica inerente à LGL, que diferenciava os procedimentos em modalidades.

Dessa forma, optou o legislador por utilizar a nomenclatura “regime”, agindo de forma didática e demonstrando que o conceito de RDC não pode ser confundido com a ideia tradicional de licitação sendo dividida em seis modalidades distintas<sup>13</sup>. O RDC é um regime separado dessas demais modalidades.

Não obstante, é necessário ressaltar que essa discussão é de caráter puramente semântico e conceitual, posto que, nominar o RDC como regime, ou como modalidade, não teria o condão de alterar os institutos inerentes a essa nova forma licitatória nem, tampouco, torná-lo constitucional ou inconstitucional.

### 3.2.1 Novas Regras em Relação à Lei nº 8.666/93

---

<sup>12</sup> Do original: *Não confundir com os tipos de licitação previstos no art. 45 da LGL, em que a distinção limita-se aos fins daquele artigo e se refere ao critério de julgamento (menor preço; melhor técnica; técnica e preço; maior lance ou oferta), como se dá no art. 18 do RDC (menor preço ou maior desconto; técnica e preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; maior oferta de preço; maior retorno econômico). O que o art. 12 do RDC e o art. 22 da LGL preveem são tipos de processos licitatórios, os quais podem comportar este ou aquele fator de julgamento.*

<sup>13</sup> O artigo 21 da Lei nº 8.666/93 relaciona as modalidades concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, além da Lei nº 10.520/02, que cria a modalidade Pregão.

### 3.2.1.1 Possibilidade de Inversão de Fases

Adotando sistemática semelhante à da modalidade Pregão, regulada pela Lei nº 10.520/02, o RDC inverte a ordem das fases no processo licitatório, em relação ao tradicional da LGL. Ou seja, assim como no Pregão, as propostas são abertas no início do certame, sendo abertos os documentos de habilitação apenas daquele que está classificado em primeiro lugar.

Essa distinção, embora modifique a regra prevista na Lei nº 8.666/93, já vinha sendo adotada desde 2000<sup>14</sup>, com o advento da modalidade Pregão<sup>15</sup>, assim como nas licitações para contratação do serviço de publicidade, Lei 12.232/10, nas concessões, Lei 8.987/95 e nas parcerias público privadas, Lei 11.079/04.

Ainda que não seja uma alteração inédita na legislação vigente, a modificação é de grande valia. A análise dos documentos apenas após conhecidos os preços dos licitantes é extremamente vantajosa para a Administração Pública, em especial, por dois motivos:

De um lado, a Administração evita perder tempo e dinheiro com a análise de documentos que sequer deveriam estar sendo apreciados, pois se referem a pessoas que não serão contratadas.

Explica-se: em uma concorrência, adotando o regime tradicional de fases (primeiro documentos, depois proposta) a licitante X é inabilitada por um determinado motivo. Inúmeros recursos depois, administrativos e judiciais, passado longo período discutindo se a empresa deveria, ou não, ser habilitada, tem-se o veredito final: a empresa X deve ser considerada habilitada e deve ser conhecida sua proposta. Abertos os envelopes de preço, a empresa X é derrotada pela empresa Y que possui valor inferior e está de acordo com o edital.

É evidente que houve um desperdício de recursos públicos no caso citado. Discutiu-se por longo período (em algumas situações chega a anos de discussão) para, quando abertas as propostas, perceber-se que todo o imbróglgio jurídico foi absolutamente inútil, pois aquela empresa não será contratada. É inequívoco que a inversão de fases torna o certame mais célere e, conseqüentemente, mais eficiente.

---

<sup>14</sup> A origem da Lei 10520/2002 foi a Medida provisória 2.026, de 4 de maio de 2000. Antes disso, a modalidade Pregão era utilizada, desde 1998, na Anatel em razão de seu regulamento próprio.

<sup>15</sup> Além da modalidade Pregão, alguns Estados e Municípios possuem legislação própria e em sua regulamentação também inverteram a ordem das fases no processo licitatório, é o caso, por exemplo, do Estado de São Paulo e da Bahia.

De outro lado, tem-se aquilo que poderia ser denominado “valoração das falhas documentais”.

Com a abertura dos envelopes de proposta antes da documentação, são conhecidos os preços de todos os licitantes, o que não acontece no formato definido pela Lei nº 8.666/93, na qual são abertas apenas as propostas das empresas habilitadas.

Essa mudança permite que, antes de inabilitar uma empresa, a Administração tenha a precisa consciência de qual será o custo daquela decisão para o Estado.

Exemplificando: em um Pregão, já com a inversão das fases (primeiro preços, depois documentos), a empresa X sagra-se vencedora com uma proposta no valor de um milhão de reais. A segunda colocada, por sua vez, apresentou oferta de dois milhões de reais, o dobro em relação àquela mais bem classificada. Quando da abertura dos documentos, nota-se que a empresa classificada em primeiro lugar não entregou as páginas rubricadas, conforme exigia o instrumento convocatório.

Em uma licitação tradicional, seria repetida a máxima de Hely Lopes Meirelles: “o edital é a lei da licitação” e a empresa poderia ser inabilitada.

Com a inversão de fases, percebe-se que a inabilitação da empresa X implica em um prejuízo ao Estado no valor de um milhão de reais. Ou seja, o mero fato de a empresa não ter rubricado as páginas, o que poderia ser feito ali mesmo, durante a sessão, acarretaria em um gasto de mais um milhão de reais para executar o mesmo contrato.

Nota-se assim, que essa mudança de fases é muito mais que uma mera inversão na ordem dos processos. A alteração das etapas trouxe uma nova dinâmica e uma nova cultura ao processo licitatório, com ela vêm as novas teses da possibilidade de saneamento, que será adequadamente tratada no tópico seguinte.

Ainda que tenha absorvido a sistemática adotada pelo Pregão, a legislação do RDC deixa margem à adoção do formato anterior, abrir primeiro a habilitação e só depois as propostas dos que foram habilitados. É o que prevê o artigo 12, parágrafo único da Lei nº 12.462/11:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas ou lances;

- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Com o parágrafo único do artigo 12, o legislador previu a possibilidade de inverter as fases<sup>16</sup>, desde que por ato motivado, ou seja, justificado no processo administrativo, e expressamente previsto no instrumento convocatório.

Não obstante a referida permissão, considera-se de difícil aplicabilidade concreta o dispositivo, posto que não foi encontrada até o presente momento justificativa plausível e que vá, efetivamente, ao encontro do interesse público, para que seja invertida a ordem das fases estabelecidas pelo RDC, retomando a sistemática antiquada da Lei nº 8.666/93.

Ao contrastar esta inovação com os princípios destacados do processo licitatório, não existe nenhum conflito. A inversão de fases mostra-se procedimento completamente ajustados aos princípios estabelecidos.

### 3.2.1.2 Permissão para Saneamento de Falhas Formais

Seguindo a mesma linha do item anterior, a nova legislação replica novidade já existente no Pregão. Este conceito foi aludido pelo artigo 24, em seus incisos I e V:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contenham vícios insanáveis;**
- II - não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;
- III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento

---

<sup>16</sup> Cabe destacar que, no RDC, quando se fala em inversão de fases, trata-se da sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93, primeiro habilitação e depois proposta. A regra geral, o comum, é o formato utilizado pelo Pregão (primeiro proposta e depois habilitação).

estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;

IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou

**V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.** (grifou-se)

A possibilidade de saneamento de vícios ou irregularidades também é ratificada pelo artigo 28:

Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para **saneamento de irregularidades** que forem supríveis;

II - anular o procedimento, no todo ou em parte, por **vício insanável**; (grifou-se)

Essa permissão ao saneamento de falhas pontuais das propostas apresentadas é fruto de uma evolução no processo licitatório como um todo.

Diversamente da concepção original da Lei nº 8.666/93, na qual a vinculação ao instrumento convocatório era absoluta e inexorável, a doutrina e a jurisprudência, com o passar dos anos, tornou-se mais flexível ao admitir a relevância das chamadas “falhas formais”.

Caracterizadas pelos pequenos vícios ou irregularidades documentais que não produziam efeitos prejudiciais à Administração em sua futura contratação, as falhas formais passaram a ser desprezadas quando do julgamento das propostas, com base em uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Com o advento do Pregão, essa permissividade foi positivada no artigo 4º, parágrafo único do Decreto nº 3.555/00:

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Logo, a inserção de uma etapa de saneamento das falhas formais não é uma novidade legislativa *per si*, mas sim a concretização de uma prática que já vinha ocorrendo e que foi positivada já no ano 2000.

No que tange à constitucionalidade desse saneamento, não há nenhuma crítica que possa ser feita. Os princípios que têm maior relação com este dispositivo são a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo e, por extensão, a isonomia.

Quanto à vinculação ao edital, a crítica ao saneamento não merece prosperar. Os objetivos da licitação são assegurar a isonomia de tratamento, a vantagem e o desenvolvimento nacional. A vinculação ao instrumento convocatório é um princípio de meio e não pode ser compreendido como a finalidade precípua do processo licitatório. Em assim sendo, a correção de falhas formais não afronta esse princípio por não desconstruir o instrumento convocatório, mas sim, reduzir a formalidade da licitação em atenção à maior vantagem para o Estado.

No mesmo sentido está o julgamento objetivo. Desde que realizado isonomicamente, sem preferências ou restrições a este ou aquele licitante, a objetividade na apreciação das propostas não é ferida.

Também não existe restrição com relação à igualdade de tratamento. Realizado o saneamento em idêntica formulação a todos os licitantes, sem nenhum tipo de preferência ou diferenciação de tratamento, restará preservada a isonomia do certame licitatório.

### 3.2.1.3 Procedimentos Recursais

A sistemática recursal do Regime Diferenciado de Contratações também não é grande novidade, o que houve, em verdade, foi a combinação das regras recursais do Pregão com as regras previstas na Lei nº 8.666/93.

Desta junção, surgiu o artigo 45 da Lei nº 12.462/11:

Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão:

I - pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de:

a) até 2 (dois) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou

b) até 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços;



II - recursos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face:

- a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados;
- b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
- c) do julgamento das propostas;
- d) da anulação ou revogação da licitação;
- e) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
- g) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e

III - representações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

§ 1º Os licitantes que desejarem apresentar os recursos de que tratam as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II do caput deste artigo deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

§ 2º O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e começará imediatamente após o encerramento do prazo recursal.

§ 3º É assegurado aos licitantes vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

§ 4º Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento.

§ 5º Os prazos previstos nesta Lei iniciam e expiram exclusivamente em dia de expediente no âmbito do órgão ou entidade.

§ 6º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de 5 (cinco) dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado,

devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade.

Nesta nova regra merecem destaque: (a) o prazo de cinco dias úteis antes da abertura para impugnar os editais para a contratação e obras e serviços de engenharia - novidade; (b) o prazo de cinco dias úteis para interpor os recursos administrativos - regra similar à Lei nº 8.666/93<sup>17</sup>; (c) o dever de manifestar a intenção de recorrer imediatamente após o julgamento, sob pena de preclusão - regra similar ao pregão<sup>18</sup>; e (d) o início do prazo de contrarrazões imediatamente após o término do prazo de recurso - regra similar à do Pregão<sup>19</sup>.

Merece destaque aqui o fato de que o RDC utiliza redação ligeiramente diferente do Pregão, ainda que adote sistemática similar, no que tange ao dever de manifestar imediatamente a intenção de recorrer. Diferentemente do Pregão, no RDC não existe a obrigatoriedade do licitante de justificar sua manifestação da intenção de recorrer, bastando, portanto, que exista a declaração expressa da vontade recursal, suficiente para que o processo seja interrompido, concedendo prazo àquele que procedeu a solicitação e ficando os demais já cientes de que os seus respectivos prazos para contrarrazões serão iniciados logo após o término do prazo recursal.

A inovação no procedimento recursal, que inclui a necessidade de manifestação para a concessão do direito de recurso, não fere nenhum dos princípios abordados. Nem mesmo o direito de petição, mais próximo do tema em tela, poderia ser arguido como afrontado. A exigência de manifestação não gera nenhum tipo de restrição ao direito de petição, mas sim, mostra-se uma característica que busca dar maior efetividade prática ao direito de recurso, reduzindo o número de recursos meramente protelatórios.

### 3.2.1.4 Contratação Integrada

---

<sup>17</sup> No pregão, o prazo para recurso é de três dias.

<sup>18</sup> Na LGL não é necessária a manifestação imediata, sendo sempre aberto aos licitantes o prazo recursal desde que este não seja expressamente renunciado por todos.

<sup>19</sup> Na LGL o prazo de contrarrazões só inicia-se após a notificação oficial das licitantes pela Administração, comunicando a interposição do recurso administrativo e seu teor.

Uma das inovações mais polêmicas do RDC, a contratação integrada é uma nova forma de contratação, na qual o Poder Público pretende incluir a elaboração do projeto básico na execução da obra em si.<sup>20</sup> Para melhor compreender esse conceito, é necessário relembrar o sistema tradicional de contratação. A LGL estabelece, em seu artigo 7º, que é fundamental a elaboração prévia do projeto básico para a execução de qualquer obra ou serviço:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

---

<sup>20</sup> De fato, a Contratação Integrada prevista no RDC é uma Empreitada Integral, prevista na alínea “e” do inciso VIII do artigo 6º da Lei 8.666/93, na qual a contratada terá que desenvolver, também, o projeto básico.

A regra da Lei nº 8.666/93 é claríssima, as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver o projeto básico. No que tange ao conteúdo do projeto básico, este é definido pela própria legislação, que assim disciplina no artigo 6º, IX:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

O conteúdo do projeto básico está muito bem definido na LGL. Em resumo, este documento deve conter todas as especificações que impliquem em custos ao contratado, ou seja: tudo aquilo que não for estipulado pelo projeto básico poderá ser detalhado *a posteriori* pelo licitante. Considerando a necessidade de uma definição prévia de parâmetros de qualidade, acabamento, estrutura e, principalmente, preço, é fundamental que o projeto básico seja o mais detalhado possível. Em verdade, o projeto básico, em que pese a utilização da palavra “básico” nada tem de simplório ou reduzido, trata-se de especificação com bom nível de detalhamento.

Dada a dificuldade em construir bons projetos, é costumeiro a Administração promover um processo licitatório para a elaboração do projeto básico e outro para realizar a obra, nas condições definidas naquele projeto básico que foi previamente elaborado. A própria Lei nº 8.666/93 permite essa contratação e, inclusive, cria regra para impedir a participação daquele que elaborou o projeto na licitação para a execução da obra. É o teor do artigo 9º:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como

encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Diante da dificuldade de realizar dois processos licitatórios, da morosidade desse sistema, da ineficiência gerada por esse regime e, sobretudo, da altíssima quantidade de pedidos de alterações no projeto durante a execução das obras públicas, o legislador inovou ao criar uma possibilidade que agregasse a elaboração do projeto básico à execução da obra.

Nesse processo de inovação legislativa, surge a Contratação Integrada, definida no artigo 9º da Lei nº 12.462/11:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, **desde que técnica e economicamente justificada.**

§ 1º A contratação integrada **compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços** de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

**I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia** que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e  
 d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

### **III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.**

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá **critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.**

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, **é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados**, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (grifou-se)

Do artigo 9º supracitado é possível destacar conceitos fundamentais da Contratação Integrada: a) somente poderá ser utilizada quando for técnica e economicamente justificada; b) a contratação integrada compreende a elaboração dos projetos e execução; c) o edital deve conter o anteprojeto de engenharia; d) será utilizado o critério de técnica e preço, devendo ser estabelecidos critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas; e) não podem ser celebrados

termos aditivos, exceto nos pedidos da Administração que sejam fruto de omissões do anteprojeto.

Logo, devem ser analisados, mais atentamente, cada um desses cinco tópicos, para que possa ser exarada uma opinião concreta sobre o instituto.

Quanto ao primeiro, a necessidade de justificativa da utilização da Contratação Integrada desbanca o argumento de que esse instituto seria uma ferramenta para compensar a ineficiência estatal na definição de seus projetos. Não é este o objetivo da Contratação Integrada, esse regime de contratação é destinado, exclusivamente, àquelas obras em que existam vantagens técnicas e econômicas na adoção desse sistema.

No que tange à congruência de projeto e execução, há um problema que precisa ser observado pela Administração quando da realização dessas licitações.

Nas contratações tradicionais, como o autor do projeto não executaria a obra, a única preocupação deste era com a qualidade do projeto e o atendimento das expectativas da Administração.

No novo sistema, com um preço definido para a elaboração do projeto acrescido da sua execução, é evidente que o autor do projeto terá uma preocupação muito grande com a redução de custos na obra. Essa redução de custos poderá fazer, em um objeto mal detalhado pela Administração no anteprojeto, com que a obra tenha uma qualidade muito inferior à esperada pela contratante, que nada poderá fazer, já que sua especificação foi limitada e não estipulou características mínimas que eram fundamentais àquela execução.

Essa possível redução de qualidade das obras é extremamente preocupante, pois abre margem, inclusive, para a utilização de materiais que comprometem, até mesmo, a durabilidade das edificações, podendo gerar riscos de segurança e custos altíssimos de manutenção e correção desses vícios.

Infelizmente, o resultado prático desse regime de contratação só poderá ser aferido em um prazo maior, ao longo de anos após a conclusão dessas obras, quando poderá ser realmente comprovado se os serviços foram efetivamente satisfatórios, considerando uma análise estatística de larga escala.

Não obstante, tais conjecturas pela má utilização de um instituto não podem ser fundamento para considerar o dispositivo institucional, trata-se sim, da necessidade de um controle rígido para evitar essas possíveis falhas.



No terceiro tópico, quanto à necessidade de um anteprojeto de engenharia, é importante conhecer o teor desse anteprojeto, que foi mais bem especificado pelo artigo 74 do Decreto nº 7.581/11:

Art. 74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo:

I - a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

II - as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega;

III - a **estética do projeto arquitetônico**; e

IV - os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

§ 1º Deverão constar do anteprojeto, quando couber, os seguintes documentos técnicos:

I - concepção da obra ou serviço de engenharia;

II - projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

III - **levantamento topográfico** e cadastral;

IV - **pareceres de sondagem**; e

V - **memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção**, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação. (grifou-se)

Nota-se que o anteprojeto, em que pese a nomenclatura utilizada, assim como o projeto básico, também não possui uma complexidade diminuta. Um bom anteprojeto precisa ter, em especial: a) projeto arquitetônico; b) levantamento topográfico; c) pareceres de sondagem; e d) memorial descritivo de todos os elementos.

Trata-se, portanto, de documento que precisa trazer informações fundamentais do objeto. Apesar de distinto do projeto básico, definido pela Lei nº 8.666/93, não pode ser omissivo nas questões que delimitam claramente o que será construído. Em verdade, sua estrutura demanda uma complexidade significativa de elementos que precisam estar

definidos. Há uma simplificação, contudo, essa simplificação não pode ser compreendida como um mero rascunho do desenho arquitetônico da obra, como muitos fazem crer, tal qual será apontado no quarto capítulo deste trabalho.

Não obstante, é de fundamental importância que o gestor público mantenha-se atento à necessidade de bem especificar o conteúdo que será desenvolvido sob pena de obter material de qualidade muito inferior à imaginada quando da concepção da obra.

Desta forma, não existe aqui inconstitucionalidade no dispositivo legal trazido pela Lei nº 12.462/11 e pelo seu decreto regulamentador. A incompatibilidade com os princípios constitucionais está na forma como é apresentado esse dispositivo, divulgando a existência de uma contratação sem projeto, mas que não tem relação com o formato que ele foi definido na legislação.

No quarto tópico destacado, é abordada a necessidade de que o comparativo entre propostas com soluções diferentes, quando admitidas pelo instrumento convocatório, sejam comparadas de maneira objetiva.

Isto significa dizer que o instrumento convocatório deve estabelecer critérios técnicos prévios de pontuação que permitam uma comparação isonômica das propostas apresentadas pelos licitantes e que atenda o princípio do julgamento objetivo.

É cediço que alguns órgãos poderão, seja por desconhecimento, ou seja pela intenção de direcionar o processo licitatório, construir editais que, na concepção da proposta técnica, apresentem critérios subjetivos, totalmente definíveis pelo julgador no momento da apreciação da proposta e que, provavelmente, acabará na burla ao processo licitatório.

Entretanto, não é possível desconstruir a constitucionalidade de um dispositivo legal partindo da premissa que ele será utilizado de forma escusa, para fraudar a competitividade do certame. As perversões do sistema legal na prática devem ser coibidas e punidas por meio de severa fiscalização e uma atuação precisa dos órgãos de controle, e não pela declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo que, em seu próprio texto, previu as regras necessárias para evitar que a isonomia seja negada aos licitantes no certame.

Não é cabível, com base em elucubrações de possíveis crimes a serem praticado, alegar a invalidade técnica do instituto criado. É fundamental, aqui, que se tenha em mente a distinção entre ser e dever ser. A norma, de natureza abstrata, representação do dever ser, não pode ser confundido com o ser, da concretização da norma no âmbito prático. No que se refere à análise de constitucionalidade da norma, somente

pode-se observar sua construção em um aspecto abstrato, enquanto dever ser.

Quanto ao seu último aspecto, a vedação de aditivos nos contratos firmados sob o regime de contratação integrada, há que se estudar a restrição com cautela. O tópico em questão apresenta duas exceções: a) para a recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, no que não houve nenhuma alteração, sempre foi permitido desta forma e assim tem que ser, dada a imprevisibilidade dos eventos que podem ocorrer e precisam ser compensados por meio desse instituto contratual, e b) quando a alteração não decorrer de omissões do contrato. Esta segunda hipótese merece maior atenção.

Uma das principais justificativas dos benefícios da contratação integrada é a restrição aos aditivos contratuais, prática nefasta que inverte a polaridade regra-exceção, fazendo com que aquilo que deveria ser uma excepcionalidade contratual transforme-se em regra na atuação administrativa.

É uma constante a reclamação dos agentes de controle quanto ao número de alterações contratuais que são promovidas e muitas vezes elevam o custo inicial das obras, tornando os contratos administrativos muito mais onerosos que o planejado.

Neste contexto, a contratação integrada e sua restrição à elaboração de termos aditivos pareciam, à primeira vista, uma solução para esse problema que tanto aflige a Administração Pública.

Contudo, a legislação abre uma margem que, indubitavelmente, será o foco de inúmeros aditivos contratuais ao estabelecer que poderá ser alterado o contrato para modificar ou corrigir falhas ou omissões no anteprojeto.

O resultado dessa regra é mais do que óbvio, anteprojetos com especificações insuficientes serão corrigidos por meio de aditivos contratuais para adequar a obra às necessidades da Administração.

Logo, mesmo sem poder questionar a constitucionalidade de tal dispositivo legal, é fato que a vantagem de eliminar os termos aditivos não pode ser alegada em defesa da Contratação Integrada.

Em suma, no que tange à constitucionalidade dessa inovação, não há nenhuma afronta aos princípios trazidos. Em especial, são contrastados os princípios do julgamento objetivo e da isonomia.

O julgamento objetivo não é atacado com a contratação integrada, ao menos não em sua concepção enquanto legislação. É plenamente possível que o julgamento objetivo seja afrontado na prática, com a concepção de propostas técnicas com caráter subjetivo. Entretanto, esse

possível conflito entre a prática e a técnica não pode ser considerado para questionar a constitucionalidade do dispositivo legal.

É fato que, como demonstrado, a legislação do RDC preocupa-se, e muito, com a tutela do caráter objetivo do julgamento das propostas no processo licitatório. Logo, não existe ataque do novo diploma legal ao esse princípio.

No que tange à escolha da proposta mais vantajosa de forma isonômica, trata-se de consequência lógica da manutenção do julgamento objetivo. Não há como dissociar os referidos princípios, respeitado a objetividade dos critérios, a isonomia no certame é acionada imediatamente.

### 3.2.1.5 Certame Presencial ou Eletrônico

Dentre as inovações do RDC, destaca-se a discricionariedade do administrador para a realização de licitações presenciais ou eletrônicas. Esta possibilidade está estabelecida no artigo 13 da Lei nº 12.462/11:

Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

Parágrafo único. Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

Sobre este tópico, é fundamental destacar que a liberdade de escolha do administrador, pela opção presencial, é, pelo que se extrai do texto da lei, excepcional, considerando que o legislador foi claro ao determinar que as licitações deverão ser realizadas preferencialmente na forma eletrônica.

Desse mandamento legislativo, é possível interpretar, portanto, que a opção pela forma presencial de licitação deve ser devidamente justificada no processo administrativo, devendo o gestor público apontar os motivos que demandam a realização da licitação presencial.

Essa realidade de licitações feitas preferencialmente na forma eletrônica já era prevista na legislação do Pregão, por meio do artigo 4º do Decreto nº 5.450/05:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

Logo, a regra do RDC não implica em grande novidade, mas sim na simples recepção de um mandamento que já existia para a contratação de bens e serviços comuns, estendendo-o às demais contratações públicas.

Os princípios estão plenamente atendidos nesse dispositivo. Mais ainda, além do respeito a todos os postulados inicialmente destacados, há, sem dúvida, ampliação da publicidade no certame com a realização do certame de forma eletrônica, posto que os processos licitatórios podem ser acompanhados de qualquer lugar do mundo, sem nenhum tipo de restrição.

### 3.2.1.6 Contratação Simultânea

A Lei nº 12.462/11 também inovou parcialmente ao estabelecer a possibilidade de contratação simultânea, prevista em seu artigo 11:

Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput deste artigo, a administração pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos serviços de engenharia.

Esta alteração, embora não prevista na Lei nº 8.666/93, já vinha sendo utilizada em inúmeros casos por meio da divisão do objeto em lotes, o que permitia a contratação simultânea de mais de uma empresa

para, cada uma delas, executar partes do mesmo objeto. Logo, não há o que se falar em grande novidade legislativa neste quesito.

A contratação simultânea é uma forma de contratação que, sem dúvida, atende aos princípios constitucionais e infraconstitucionais. A ampliação da competitividade, com a redução de restrições quanto à capacidade técnica e financeira, segue o espírito da lei e os princípios estabelecidos no ordenamento jurídico.

### 3.2.1.7 Remuneração Variável

Outro tópico que merece destaque no RDC é o instituto da remuneração variada. A Lei nº 12.562/11, em seu artigo 10, estabelece a possibilidade de modificar o valor da remuneração de acordo com a eficiência do contratado durante a execução do contrato:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Essa novidade legislativa mostra-se extremamente interessante, ao passo que premia aquele contratado mais eficiente e estimula a melhor execução das obras públicas.

Sobre este tema três tópicos são de importante observação.

Primeiramente, a definição prévia de critérios objetivos que serão utilizados para variar a remuneração da contratada. O contrato administrativo deve estabelecer um regimento claro, com critérios aferíveis e mensuráveis objetivamente, para permitir essa remuneração variável. A instituição de regras obscuras ou subjetivas nesse instrumento poderá levar à corrupção e a favorecimentos indevidos, o que claramente não é o objetivo do legislador.

Em segundo lugar, merece destaque o parágrafo único, que estabelece o limite orçamentário fixado pela Administração, antes da

realização do certame, para que essa remuneração não ultrapasse o valor razoável da obra ou serviço.

É importantíssimo ressaltar que os critérios e o valor que a Administração acrescerá no pagamento ao contratado devem refletir os benefícios por ela aferidos em razão daquela maior eficiência no contrato. Exemplifica-se: na construção de uma plataforma de shows que será utilizada exclusivamente no evento da virada de ano, não faz o menor sentido que a Prefeitura estabeleça uma remuneração variável, pagando 10% a mais do valor do contrato, caso a empresa consiga concluir o serviço um mês antes. Considerando que o objeto do contrato apenas será utilizado no dia 31 de dezembro, receber a obra antes não traz nenhum benefício à Administração e, por esta razão, não pode ser utilizado como critério para a remuneração variável, conforme ensina SCHWIND (2012, p. 181)

Importante destacar que diversos autores afirmam que a remuneração variável poderia ser utilizada tanto para aumentar o valor pago ao particular, quanto para diminuí-lo, tal qual é realizado atualmente na prática pelos acordos de níveis de serviços ou nas PPP's. Nesta linha, AURÉLIO (2012, p. 91) destaca que a remuneração variável não teria aspecto sancionatório:

Outro ponto digno de grande atenção consiste no fato de que a variação da remuneração em razão do desempenho não poderá se assemelhar à aplicação de sanções ao administrado. Apesar de configurar uma possível redução no montante percebido pelo particular, a utilização desse mecanismo não tem natureza de sanção por descumprimento de obrigações contratadas, apenas materializa uma consequência pecuniária da execução contratual abaixo do melhor desempenho.

Mesmo afirmando que a remuneração variável não se confunde com a sanção ao administrado, é importante que a aplicação da remuneração variável, como forma de redução do pagamento do contratado, seja feita com base em critérios independentes da Administração ou de terceiros. Explica-se: a remuneração variável deve ter vistas às exigências contratuais que efetivamente não foram cumpridas.

Estabelecer critérios de remuneração variável considerando prazos ou condições pode levar à confusão entre a remuneração variável e a punição administrativa.

Como exemplo da utilização indevida da remuneração variável seria a hipótese em que o contratado tem o prazo de até seis meses para construir uma rodovia. Contudo, em função de atrasos de providências que seriam tomadas por parte da Administração ou mesmo em razão de eventos alheios à vontade daquela empresa, a construção da rodovia foi concluída três meses após o prazo inicialmente previsto. Nesta hipótese, a remuneração variável reduziria o pagamento daquele que não teve dolo nem culpa no problema durante a execução do contrato. Não parece ser esta a interpretação adequada do dispositivo à luz dos princípios constitucionais que regem a matéria.

Neste caso, importante lembrar que a punição, em razão do princípio constitucional do devido processo legal, deve, obrigatoriamente, ser precedida da instauração do processo administrativo e respeitada a ampla defesa e o contraditório.

Nem poderia ser alegado que, em casos como estes, a Administração não aplicaria a remuneração variável, por não ter concorrido com culpa o contratado. Esse novo instituto acontece de forma automática, com o acréscimo instantâneo no pagamento da fatura (ou com a sua glosa para aqueles que assim entendem). Logo, não seria facultado ao particular explicitar os motivos que ensejaram aquele atraso.

A remuneração variável a menor também não se mostra razoável quando concebida em conjunto com a sanção de multa moratória, visto que a existência e utilização dos dois institutos configuraria notória hipótese de *bis in idem*.

Assim, desde que o instituto da remuneração variada seja aplicado de forma correta, sem se confundir com uma punição para a qual não houve o devido processo legal, não há o que ser questionado quanto à sua constitucionalidade.

Respeitadas essas restrições à aplicabilidade do instituto, não existe afronta aos princípios constitucionais. Não obstante, é fundamental que o aplicador mantenha-se atento para que não seja ultrapassada a linha do razoável na remuneração variável, caso contrário, estará evidenciado o embate com os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.



### 3.2.2 As Regras Inéditas Do Regime Diferenciado De Contratações

#### 3.2.2.1 O Prazo de Publicação do Edital

O RDC surge com o propósito de sanar problemas com relação à eficiência da Administração, dando mais celeridade às licitações, permitindo, assim, a viabilidade dos contratos administrativos.

Com este objetivo, um dos pontos cruciais da nova legislação era reduzir os prazos do processo licitatório, tornando-o mais célere. Assim foi feito no artigo 15:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

Os prazos supramencionados podem ser melhor visualizados no quadro 1:

Tabela 1 - Prazos de Publicidade no RDC.

PRAZO DE PUBLICIDADE EM DIAS ÚTEIS							
CRITÉRIO DE JULGAMENTO OBJETO	MENOR PREÇO	MAIOR DESCONTO	TÉCNICA E PREÇO	MELHOR TÉCNICA	CONTEÚDO ARTÍSTICO	MAIOR OFERTA	MAIOR RETORNO ECONÔMICO
Aquisição de Bens	5	5	10 ou 30 <sup>21</sup>		--	--	--
Serviços	15	15	30	30	30	--	--
Obras	15	15	30	30	--	--	--
Alienação	--	--	--	--	--	10	--
Contrato de Eficiência	--	--	--	--	--	--	30

Fonte: do Autor

Analisando os prazos estabelecidos pela nova legislação é possível perceber que não houve grandes mudanças em relação à legislação tradicional.

Tabela 2 - Comparativo dos Prazos entre as modalidades tradicionais e o RDC.

Objeto	Tradicional	RDC	Diferença
Aquisição de Bens (Pregão)	8 dias úteis	5 dias úteis	- 3
Serviço/Obras (Pregão)	8 dias úteis	15 dias úteis	+7
Serviço/Obras (Convite)	5 dias úteis	15 dias úteis	+10

<sup>21</sup> O legislador cometeu um equívoco, gerando contradição entre a alínea b do inciso I e o inciso IV do mesmo artigo. A alínea b estabelece que nas outras hipóteses não referidas pela alínea a (menor preço ou maior desconto) o prazo de publicidade será de 10 dias úteis. Ocorre que a única possibilidade de licitação para aquisição de bens que não seja pelos critérios de menor preço ou maior desconto, é o critério técnica e preço. Desta forma, gerou-se evidente contradição com o inciso IV, no qual é determinado o prazo de 30 dias úteis para a publicação do instrumento convocatório. Até o presente momento, esta contradição permanece intacta sem debate doutrinário ou jurisprudencial sobre o tema.

Serviço/Obras (Tomada de Preços)	15 dias <sup>22</sup>	15 dias úteis	+6
Serviço/Obras (Tomada de Preços com Técnica e Preço)	30 dias	30 dias úteis	+12
Serviço/Obras (Concorrência)	30 dias	15 dias úteis	-9
Serviço/Obras (Concorrência com Técnica e Preço)	45 dias	30 dias úteis	-3
Alienação	30 dias	10 dias úteis	-16

Fonte: do Autor

A tabela apresentada demonstra, claramente, que as diferenças de prazo entre as formas tradicionais de contratação e a nova legislação trazida pelo RDC são pouco expressivas, não sendo possível dizer que haverá grande redução de prazo.

Pelo contrário, em muitos casos o prazo de publicidade é superior ao prazo usualmente adotado.

Cumpra relembrar que o problema que levou à elaboração de uma nova legislação era que a legislação vigente seria atrasada e não permite uma administração eficiente. Obviamente, a alteração dos prazos de publicidade em nada modificou a realidade existente.

Ademais, é fundamental destacar que o prazo de publicidade do instrumento convocatório é apenas um dos períodos necessários à concretização de um certame licitatório e que sua participação, ainda que significativa, não é crucial à viabilidade, ou não, de eventos esportivos que, na data de publicação da legislação aconteceriam, no mínimo, dois anos mais tarde. Certamente não eram uns poucos dias que impediam a realização dos grandes eventos.

Não obstante essa irrelevância na alteração dos prazos pelo novo Regime Diferenciado, um tópico merece especial destaque: trata-se do prazo de publicidade para os casos de aquisição de bens, pelo critério de menor preço.

O prazo de cinco dias úteis, em determinados objetos, ou em licitações de maior vulto, pode ser extremamente exíguo e acabar desaguando em uma forma de favorecimento à corrupção. Por exemplo, em uma licitação que exige a elaboração de proposta extremamente complexa e intrincada, bastaria um licitante tomar conhecimento das

---

<sup>22</sup> Foi utilizada a nomenclatura legal, adotando-se apenas a expressão “dias” para designar o prazo corrido. Para efeitos de comparação, considerou-se uma semana comum, na qual cinco dias úteis correspondem a sete dias corridos. Merece destaque que o cálculo é meramente ilustrativo, sendo que a diferença aludida poderá ser maior ou menor, a depender da data de início do prazo.

condições do edital previamente, obter todas as informações necessárias para elaborar a oferta e, quando da publicidade do instrumento convocatório, nenhum outro licitante teria tempo hábil para preparar sua proposta em apenas cinco dias úteis.

Outra preocupação que se mostra razoável, é quanto ao prazo para impugnação ao edital. Mantida a regra que obriga o licitante a questionar o instrumento convocatório até dois dias úteis antes da abertura do certame, o prazo de cinco dias úteis de publicidade fará com que a empresa tenha apenas três dias úteis para tomar conhecimento do certame, buscar o edital (algumas vezes disponível apenas fisicamente na sede do órgão), analisar o teor do instrumento convocatório, verificar se há a possibilidade de questioná-lo, preparar a impugnação e protocolá-la.

É inegável que o prazo exíguo poderá acarretar no cometimento de ilegalidades que, dado o curtíssimo interregno passível de questionamento, seriam perpetuadas no certame.

Desta forma, o que se espera é que o tempo, a prática, a doutrina e a jurisprudência colaborem para que haja razoabilidade no estabelecimento dos prazos de publicidade e, sobretudo, que seja respeitada a isonomia no certame, sem favorecimentos de nenhuma sorte, não sendo possível levantar dúvidas sobre a constitucionalidade deste dispositivo do RDC.

### 3.2.2.2 Formas de Disputa

O legislador inovou também ao estabelecer os modos de disputa possíveis. Foram criados três modos de disputa no artigo 16 da Lei nº 12.462/11: (a) disputa aberta - com a oferta de lances verbais ou eletrônicos; (b) disputa fechada - propostas lacradas, sem lances; e (c) modo combinado - novidade, que seria regulamentada posteriormente.

Com o advento do Decreto nº 7.581/11, em seus artigos 23 e 24, foi regulamentado o modo combinado de disputa, que acabou se subdividindo em dois: (a) fechada mais aberta; e (b) aberta mais fechada:

Art. 23. O instrumento convocatório poderá estabelecer que a disputa seja realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória.

Art. 24. Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma:

I - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e

II - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

Assim, agora existem, de fato, quatro formas de disputa diferentes: (a) disputa aberta; (b) disputa fechada; (c) combinação de envelopes fechados e depois lances abertos; e (d) combinação de lances abertos e depois envelopes fechados.

Fato é que, mesmo essa aparente novidade legislativa, tampouco pode ser considerada uma grande novidade. Explica-se:

A primeira hipótese, de disputa aberta, na qual todos os interessados podem apresentar lances após abertura das propostas, é exatamente igual ao procedimento atual de um pregão eletrônico.

Sobre esta situação é interessante destacar que alguns autores fazem uma interpretação, com a devida vênia, equivocada sobre o assunto. Ao conceituar a disputa aberta, BITTENCOURT (2012, p.117) afirma que, por ser uma disputa aberta, não seria devida a entrega de envelopes lacrados com as propostas iniciais, para que então fossem iniciados os lances, tal qual ocorre em um pregão eletrônico. De outra sorte, segundo o autor, as empresas já começariam o certame apresentando sua oferta inicial de forma aberta.

Essa interpretação não pode prosperar. Dentre os argumentos que desconstróem essa teoria podem ser destacados dois:

A uma, a proposta apresentada pelo licitante, na quase totalidade das licitações, não é apenas um valor, mas sim um conjunto de condições, marcas, prazos, garantias, muitas vezes incluindo planilhas, laudos, relatórios, catálogos e diversos outros documentos. Não é possível falar, na grande maioria das licitações, em uma proposta que comporte simplesmente um valor.

A duas, porque essa interpretação poderia desfigurar a forma presencial do certame. Isso porque, na licitação presencial, diferentemente da eletrônica, os lances são apresentados de forma ordenada, partindo do maior valor em direção ao menor. Logo, a proposta inicialmente apresentada define a ordem de apresentação dos lances durante a realização do certame. Permitir que os licitantes

apresentem suas propostas oralmente no início do certame possibilitaria que o último licitante a apresentar sua proposta inicial manipulasse a ordem dos lances, interferindo no resultado da licitação.

Logo, embora o legislador não tenha sido claro quanto a esse dever, parece evidente que, mesmo na hipótese de disputa aberta, o que está sendo aberto é, tão somente, a disputa de lances, devendo a proposta inicial ser apresentada fechada, como usualmente é realizado em um pregão eletrônico.

Seguindo na análise dos modos de disputa, o formato fechado também não é uma novidade legislativa. Trata-se da forma mais tradicional de competição em processos licitatórios, aquela definida atualmente pela Lei Geral de Licitações.

Nessa forma de disputa os licitantes apresentam suas propostas em envelopes lacrados, que são abertos em sessão pública, sem a possibilidade de lances ou reduções de valores que alterem a ordem de classificação das propostas. Esse sistema sempre foi utilizado nas licitações, sendo atualmente aplicável às modalidades concorrência, tomada de preços e convite.

A terceira forma de disputa, o método combinado foi subdividido em duas categorias. O sistema combinado, iniciado por propostas fechadas e partindo para a disputa aberta é uma forma muito semelhante àquela usualmente adotada nos pregões presenciais. Os licitantes apresentam propostas lacradas e as três melhores propostas passam a uma etapa de lances, ficando as remanescentes excluídas da fase de lances<sup>23</sup>.

O sistema atual de pregão presencial utiliza metodologia praticamente igual, diferenciando-se, apenas, pelo fato de que no pregão são classificadas todas as empresas que tiverem apresentado até dez por cento acima da proposta de menor valor. Naquela modalidade, caso não existam três propostas nessa situação classificam-se as propostas subsequentes até atingir três, se houver.

Logo, não se pode falar em grande novidade legislativa aqui.

O quarto e último modelo, a combinação da forma aberta com a fechada é a única real novidade nesse dispositivo.

Nesse novo método de disputa, as licitantes apresentam suas propostas iniciais e vão para uma etapa de lances, na qual fica definida uma ordem de classificação, já chegando, em tese, às menores propostas

---

<sup>23</sup> Importante destacar que a exclusão da fase de lances não significa dizer que essas empresas foram desclassificadas do certame. Suas propostas permanecem válidas podendo qualquer uma delas ser declarada vencedora do certame, caso aquelas que foram convocadas para lances sejam inabilitadas ou desclassificadas.

possíveis para cada licitante. Após essa etapa de lances, as três licitantes que apresentaram as propostas mais bem classificadas devem entregar nova proposta fechada, que serão abertas simultaneamente. A licitante que atingir o menor valor será declarada a vencedora do certame.

É evidente que, à primeira vista, essa obrigação de que as empresas reduzam ainda mais suas propostas parece extremamente vantajoso à Administração, que reduziria os custos de seus contratos. Não obstante esse pode não ser o resultado real da licitação. Com alguma reflexão é possível perceber ao menos dois problemas nessa forma de disputa.

Primeiro, a possibilidade de que essa busca desmedida por contratos com valores cada vez mais reduzidos aumente a frequência de propostas inexequíveis<sup>24</sup>, estimulando a inexecução contratual ou a sua execução com um nível insatisfatório de qualidade. Por este motivo, deve a Administração estar sempre atenta à exequibilidade da proposta ofertada pelo licitante.

Em segundo lugar, a utilização da forma combinada aberta mais fechada possibilita que uma licitante manipule o certame, transformando-o em um certame de proposta fechada simples. Por exemplo: em uma licitação com apenas dois participantes, a empresa com o maior valor pode declinar seu direito a dar lance, tendo em vista que ela certamente será uma das três melhores propostas, e depois terá a oportunidade de apresentar nova oferta, menor que a de seu concorrente.

Valendo-se desse artifício, o proveito prático dessa forma de disputa seria desvirtuado pelos participantes que poderiam concluir o certame com valor muito superior àquele que seria auferido em uma licitação pela forma aberta simples.

Logo, essa nova forma de disputa deve ser utilizada com os devidos cuidados, o que será muito difícil de constatar na prática, posto que a Administração ficará refém da boa vontade dos licitantes, sem ter uma efetiva ferramenta de controle para evitar essa espécie de manipulação do certame.

Também para as formas de disputa, não há o que ser questionado quanto à sua constitucionalidade, consagrando mera variação de

---

<sup>24</sup> Propostas inexequíveis são aquelas em que a licitante, no afã de sagrar-se vencedora da licitação, apresenta valor com o qual não é possível cobrir os custos daquele contrato. Embora, a princípio, essa pareça ser uma condição vantajosa para a Administração, que economizará dinheiro público, o resultado prático, na grande maioria das vezes, é a inexecução do contrato, objetos executados com materiais de péssima qualidade ou o frequente pedido de aditivos contratuais para viabilizar a sua execução. Trata-se, portanto, de atitude prejudicial à Administração é que deve ser evitada.

procedimentos licitatórios e desenvolvimento da sessão pública de licitação.

### 3.2.2.3 Sigilo do Valor Estimado

Um dos tópicos que gera maior controversa no RDC é o artigo 6º, § 3º da Lei nº 12.462/11, que assim determina:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

[...]

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Todo processo licitatório deve ser precedido da realização de uma pesquisa de mercado, compondo um orçamento estimado que servirá como referência para a aceitabilidade da proposta vencedora.

No caso do RDC, esse valor estimado pela Administração é o limite máximo que o órgão poderá desembolsar para aquele contrato, posto que o artigo 24, III estabelece que deverá ser desclassificada a licitante que permanecer acima do valor estimado.

Logo, tem-se informação valiosíssima para as empresas participantes, visto que uma proposta acima do valor estimado é eliminada do certame.

Os defensores desse dispositivo alegam que o sigilo no orçamento é necessário para: (a) evitar o conluio entre os licitantes; (b) que uma pessoa física, quando vai construir uma casa, não informa ao construtor qual o limite que ela se dispõe a pagar por aquela obra; e (c) a informação do orçamento é preciosa no momento em que o presidente da comissão de licitações negocia com a proposta mais vantajosa, servindo de instrumento de pressão<sup>25</sup>. É o teor da justificativa legislativa

---

<sup>25</sup> No RDC, assim como no Pregão, existe uma etapa de negociação com a empresa vencedora do certame após a disputa entre os licitantes. Nessa fase a Administração pode rejeitar a



para a utilização desse sigilo, citada por MOTTA e BICALHO (2012, p. 96):

Em mercados cartelizados, é comum que os agentes econômicos combinem previamente como se comportarão nos certames. Eles dividem o mercado de obras públicas entre si, tornando a licitação um jogo de cartas marcadas, no qual os participantes do conluio já sabem de antemão qual deles irá vencer a disputa. Sabedor que os outros licitantes irão ofertar preços superiores ao de sua proposta, o futuro vencedor irá elaborar a sua de modo que a margem de desconto em relação ao orçamento prévio não for divulgado, o cartel não saberá qual é o valor máximo que o Poder Público está disposto a pagar. Com isso, haverá um incentivo à redução dos preços, já que são desclassificados as propostas em valor superior ao limite definido pela Administração. Como se vê, o sigilo do orçamento, longe de ser uma medida reprovável, como sugerido por setores da mídia, traduz-se em inegável avanço na legislação, constituindo prática recomendada pela OCDE e adotada pela legislação de diversos países, como França e os Estados Unidos.

Os argumentos levantados não prosperam.

O primeiro, da questão do conluio, não há nenhuma evidência de que o sigilo do orçamento evitaria essa prática nefasta na Administração. As empresas que buscarem agir de forma corrupta, com ou sem a ciência do órgão contratante, permanecerão com suas atitudes ilícitas, independentemente do sigilo, ou não, do orçamento. Pelo contrário, como será abordado na sequência, o sigilo desse orçamento, em verdade, estimulará a corrupção na Administração Pública.

Em segundo lugar, a comparação da forma de aquisição realizada por uma pessoa física com a forma com que a Administração Pública contrata não pode ser considerada. A Administração possui ferramentas absolutamente distintas de controle com relação à pessoa comum. Mais importante, a Administração está adstrita a princípios constitucionais,

---

proposta vencedora caso ela esteja acima do valor estimado, por este motivo ter-se-ia recurso de pressão para que o fornecedor reduzisse o preço ofertado, ainda que o valor fosse inferior ao estimado, pois ao presidente da comissão seria facultado “blefar” alegando que o valor vencedor está acima do valor estimado, mesmo quando não estivesse.

como o princípio da publicidade que demanda a divulgação ampla e irrestrita de seus atos.

Por último, a questão do sigilo como instrumento de pressão contra o licitante também não pode prosperar. Aceitar uma inovação legislativa que tenha como objetivo permitir que a Administração minta para seus administrados, ainda que por um propósito nobre, é, no mínimo, estranho. Esse estratagema maquiavélico, na acepção costumeira da palavra, não pode ser admitido no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Ultrapassando os argumentos levantados por aqueles que sustentam a ideia do orçamento sigiloso, é necessário levantar crítica contra essa possibilidade que estimula, sobremaneira, práticas corruptivas dentro da Administração.

Em sendo o orçamento sigiloso poderia acontecer, ainda que essa hipótese seja aventada meramente para fins teóricos, de que a Administração alterasse o valor do orçamento estimado para beneficiar ou prejudicar aquele licitante que possui a proposta mais vantajosa.

Por exemplo, caso a empresa vencedora do certame fosse uma empresa “amiga” do órgão licitante e seu valor estivesse acima do preço máximo estipulado, a Administração poderia adulterar o valor estimado para que a proposta apresentada por aquela licitante fique abaixo do limite “previamente” estabelecido.

O mesmo poderia ocorrer em caminho inverso. Em vencendo uma licitante que não fosse de interesse daquela Administração, o valor máximo poderia ser manipulado, *a posteriori*, reduzindo-o, desclassificando a proposta da empresa que não compactuou com a corrupção daquele determinado órgão.

Outro ato ilícito que é estimulado com o sigilo do orçamento é o oferecimento de vantagens ilícitas, como a propina, para que servidores revelem o orçamento a empresas privadas.

Considerando o número de servidores que tomarão contato com o processo administrativo, que circula por diversos departamentos internos, é praticamente impossível assegurar que o preço estimado será mantido sigiloso durante toda a condução do certame.

Fundamental destacar que não se pretende neste estudo levantar acusações levianas ou fazer qualquer tipo de generalização quanto às atividades exercidas pelos servidores públicos brasileiros ou pelos licitantes. Contudo, a legislação deve ser redigida sempre tendo em mente obstruir práticas delitivas, o que não foi o caso do dispositivo estudado.

Concluindo o presente tópico, interessante trazer o posicionamento de CAMMAROSANO (2012, p. 41), para quem o sigilo do orçamento precisa ser quebrado em momento prévio à interposição de recurso, viabilizando o contraditório:

Parece-nos também, referida disciplina legal, ensejadora de orçamento estimativo prévio que permaneça sigiloso mesmo durante a fase apropriada à interposição, pelos licitantes, de recursos administrativos, ofensiva ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, pois aqueles terão eventualmente de recorrer da decisão que tenha desclassificado suas propostas tendo como parâmetro orçamento prévio, mas ainda para eles desconhecido.

A crítica é relevante e, certamente, merecerá consideração para que, na construção desse novo modelo licitatório, este princípio fundamental seja preservado. No entanto, não se pode afirmar que tal dispositivo, em tese, é inconstitucional.

Esse sigilo do valor estimado, ainda que durante período de tempo pré-definido, possui relação direta com o princípio da publicidade.

Analisando a constitucionalidade deste dispositivo, contrastado com a demanda de publicidade dos atos administrativos, não existe embate principiológico.

Isto porque a publicidade não é um conceito estanque e absoluto. Existe a possibilidade de se estabelecer limitações a esse princípio, desde que presente razões de fato e de direito que justifiquem tal restrição.

No caso em tela, a justificativa de maior economicidade e, sobretudo, a redução da tendência natural de que as propostas orbitem ao redor do valor estimado da contratação mostra-se uma justificativa válida para a aplicação da restrição.

No que tange à legalidade de tal ação, vale lembrar que, por ter previsão legal, não há o que se discutir quanto à afronta desse princípio constitucional.

Restaria, então, a crítica à possível afronta à isonomia. Contudo, o desrespeito à igualdade somente será concretizado na prática caso não sejam observados os preceitos definidos pela legislação em comento. Logo, não há inconstitucionalidade no presente instituto.

### 3.2.2.4 Contrato de Eficiência e o Maior Retorno Econômico

Novidade do Regime Diferenciado de Contratações, o legislador desenvolveu uma nova técnica contratual: o contrato de eficiência. No seu artigo 23, a Lei do RDC estabelece que o critério de maior retorno econômico será utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, que é definido no seu § 1º:

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

O contrato de eficiência é uma novidade valorosa do RDC que permite à Administração atingir melhores níveis de eficácia, aproveitando-se do conhecimento e tecnologia da atividade privada.

Pelo contrato de eficiência busca-se reduzir custos da Administração por meio de serviços prestados por um particular, ou seja, a contratada trabalhará para gerar uma economia ao Estado e será remunerada por esse serviço em conformidade com essa economia gerada.

Exemplo de contrato de eficiência poderia ser o consumo de energia elétrica da Administração. Um determinado órgão, que tem um gasto mensal de cem mil reais por mês, contrata uma empresa que lhe oferece uma redução de vinte por cento nesse valor.

Assinado o contrato administrativo, a contratada promoverá ações como a substituição de lâmpadas, aparelhos de ar condicionado, reparo de fiações, programas de conscientização energética e todas as demais ações que forem necessárias para a redução do custo com energia elétrica daquela Administração.

Caso a empresa não consiga obter a economia prometida quando da assinatura do contrato, o percentual devido deverá ser descontado da remuneração da contratada e, caso este não seja suficiente, a empresa será punida com a aplicação de multa para cobrir o saldo remanescente, além da possibilidade de aplicação de outras sanções.

Isto posto, percebe-se que a Administração dificilmente deixará de receber a economia inicialmente estabelecida, seja ela obtida por uma

diminuição real nos gastos ou por devolução de valores por parte da própria contratada. Mostra-se, assim, um instrumento contratual extremamente interessante para a Administração. Tanto o contrato de eficiência, quanto o maior retorno Econômico, incontestavelmente não são dispositivos inconstitucionais.

Analisando esta inovação à luz dos princípios não existe nenhuma restrição à sua aplicabilidade. O contrato de eficiência é a modernização que o Estado brasileiro e, sobretudo, o direito administrativo brasileiro precisa para acompanhar o desenvolvimento das relações sociais.

### 3.2.2.5 Regras para o Registro de Preços

No que tange ao Sistema de Registro de Preços, o RDC também alterou o sistema até então existente que era, até então, regulamentado, na esfera federal, pelo revogado Decreto nº 3.931/01.

Em que pese as alterações realizadas no Sistema de Registro de Preços em sua concepção original, atualmente, com o advento do Decreto nº 7.892/13, que substituiu o Decreto nº 3.931/01, todas as regras inseridas pertinentes ao Sistema de Registro de Preços no RDC foram estendidas a toda a Administração Federal.

As mudanças na configuração do sistema de registro de preços para o RDC não foram, até onde se conhece, objeto de crítica. Isto porque todas as alterações realizadas estão exatamente na linha daquilo que a doutrina e a jurisprudência já defendiam, há muito, como necessária a modificação no Decreto nº 3.931/01.

As principais inovações nessa regulamentação foram o impedimento de acréscimos no quantitativo limitado na Ata de Registro de Preços, a vedação à extensão da vigência da Ata de Registro de Preços por prazo superior a doze meses, em consonância com o que estabelece a Lei nº 8.666/93 e a limitação da adesão à Ata de Registro de Preços ao quádruplo da quantidade registrada.

Logo, não há o que se falar quanto à constitucionalidade do RDC no que tange a esse aspecto, visto que as mudanças vão no exato sentido já discutido e defendido pela doutrina e jurisprudência.

Dentre os princípios arrolados neste trabalho não existe nenhuma divergência que possa ser questionada para questionar a constitucionalidade desta inovação.

### 3.2.2.6 Não Aplicação Subsidiária da Lei nº 8.666/93

Outro tópico materialmente relevante na nova sistemática implementada pelo RDC é a inaplicabilidade subsidiária da legislação geral de licitações - Lei nº 8.666/93, estabelecida pelo § 2º do artigo 1º da Lei nº 12.462/11:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

[...]

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e **resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.** (grifou-se)

Ao estabelecer o afastamento das regras contidas na Lei nº 8.666/93, o legislador deste novo regime quebra um costume já usual nas legislações relacionadas à contratação pública, a exemplo da Lei do Pregão, Lei nº 10.520/02 que, em seu artigo 9º, estabelece a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93: *“Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”*

Também é assim na Lei de Concessões, Lei nº 8.987/95, conforme prevê o artigo 14, a aplicabilidade da legislação própria de licitação:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Outro exemplo é a Lei nº 12.232/10, que dispõe sobre normas de contratação de serviços de publicidade na Administração Pública e, em seu artigo 1º, § 2º, determina:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração

pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Subordinam-se ao disposto nesta Lei os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, as pessoas da administração indireta e todas as entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes referidos no caput deste artigo.

§ 2º As Leis nºs 4.680, de 18 de junho de 1965, e 8.666, de 21 de junho de 1993, serão aplicadas aos procedimentos licitatórios e aos contratos regidos por esta Lei, de forma complementar.

Nota-se, assim, que o Regime Diferenciado de Contratações inova ao excluir as regras da Lei nº 8.666/93<sup>26</sup>. Esse afastamento implica, por exemplo, na desnecessidade de audiência pública prévia aos processos licitatórios de grande vulto, que está disciplinado no artigo 39<sup>27</sup> daquele diploma legal, mas não tem similar na Lei do RDC.

Muito embora seja algo inusitado no ramo das licitações e contratos administrativos, quando comparado a outras leis vigentes, a regra afastadora não pode ser considerada inconstitucional, posto que não afronta nenhum dispositivo da CF/88.

### 3.2.2.7 Criação do Catálogo Eletrônico de Padronização

A Lei nº 12.462/11 inova ao trazer a ideia de um Catálogo Eletrônico de Padronização. O conceito de padronização nas compras públicas é um aspecto que, embora sem grande sucesso na larga escala,

---

<sup>26</sup> Importante ressaltar que, em diversas oportunidades, a Lei nº 12.462/11 faz uso expresso da Lei nº 8.666/93, como na aplicação das hipóteses de dispensa de licitação ou na execução contratual. Logo, não é possível dizer que o RDC substitui a Lei nº 8.666/93 visto que esta é utilizada complementando alguns aspectos daquela.

<sup>27</sup> Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

já vem sendo positivado desde a Lei nº 8.666/93. É o teor do artigo 15, I da LGL:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

A importância da padronização das compras públicas decorre da dificuldade de especificação e detalhamento dos produtos, com características que atendam a duas demandas da Administração, aparentemente contraditórias: a) especificar o produto suficientemente de forma a evitar a aquisição de itens com qualidade inadequada; e b) não inserir exigências que direcionem, indevidamente, a licitação a uma determinada marca ou modelo.

Essas dificuldades, existentes em todos os órgãos que compõem a Administração Pública, são majoradas quando a entidade contratante é menor, possui um corpo técnico mais reduzido e maiores dificuldades para construir uma especificação adequada às suas necessidades.

Considerando que existe uma série de produtos que são comuns a todos, como material de expediente, água, café e outros, o legislador criou o conceito de um catálogo eletrônico de padronização para que fosse desenvolvida uma especificação única, caminhando ao perfeito atendimento das necessidades da Administração Pública, sem fazer exigências ilícitas.

Neste sentido vem o artigo 33 do RDC, trazendo a norma acerca de um sistema unificado de especificações de produtos que podem ser adquiridos pelo critério de menor preço:

Art. 33. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação. Parágrafo único. O catálogo referido no caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase



interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

Sem dúvida, o desenvolvimento de tal cadastro unificado seria de grande valia à Administração Pública, tendo por principais vantagens a melhoria na qualidade dos produtos, a redução no número de impugnações e interrupções processuais e a dificuldade de direcionamento das licitações como forma de favorecimento ilícito.

São inúmeras as vantagens desse sistema de padronização: o acesso, a centralização das informações, a possibilidade de discussão em escala nacional, a economia gerada em razão da padronização, seja na aquisição em larga escala ou na manutenção, com menor controle de peças e serviços.

Infelizmente, até a publicação do presente trabalho não havia sido elaborado o catálogo que o artigo 33 do RDC faz referência.

Com relação à constitucionalidade deste dispositivo, nenhuma afronta a nenhum princípio poderia ser questionada.

### 3.2.2.8 Nova estrutura de Pré-Qualificação

O RDC também inova no que tange à pré-qualificação. O instituto da pré-qualificação, embora não regulamentado pela Lei nº 8.666/93, tampouco era vedado. É o teor do artigo 114 desta:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

Nota-se que a ideia de pré-qualificação já era admitida na LGL, sendo simplesmente estruturada pelo RDC.

Basicamente, o procedimento de pré-qualificação tem por premissa a realização de um certame prévio, uma espécie de cadastramento, no qual as licitantes demonstrarão se possuem condições mínimas para a sua qualificação técnica para, em outro momento, ser realizada a licitação entre as pré-qualificadas.

O RDC admite a licitação com pré-qualificação tanto no sistema de exclusividade quanto admitindo a qualificação de novas empresas *a posteriori*.

Entretanto, a maior preocupação incide sobre a possibilidade de licitação restrita aos pré-qualificados, como autoriza o artigo 30, § 2º da Lei nº 12.462/11:

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

Esse regime de licitação restrita aos pré-qualificados pode abrir margem a conluíus e outras formas de fraude à licitação, devendo ser utilizado com extrema cautela pelo administrador público.

Não obstante, não há o que se falar em inconstitucionalidade da norma, posto que o regime criado pelo RDC prevê a utilização de um sistema de pré-qualificação permanente, público, com validade de 01 (um) ano e podendo ser atualizado a qualquer tempo.

Logo, cabe à prática definir se a utilização desse sistema será boa ou ruim à Administração Pública, não sendo palco para a discussão quanto à constitucionalidade de uma norma que, ao menos, em princípio, não fere nenhum dispositivo constitucional, ainda que abra uma possibilidade para fraudes no processo licitatório. Sem dúvida o que deve ser feito é um permanente controle sobre esse tipo de procedimento auxiliar para que a Administração ou as licitantes não o

utilizem de forma a frustrar a necessária competitividade do certame licitatório.

### 3.2.2.9 Convocação dos Licitantes Remanescentes para Contratação Direta

Muito embora tenha expressamente adotado as formas de dispensa de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, conforme estabelece o artigo 35 da Lei nº 12.462, o RDC inova ao alterar uma das atuais 33 hipóteses de dispensa previstas na Lei Geral de Licitações, trata-se da ressalva do artigo 24, inciso XI da Lei nº 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...] XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

A referida hipótese de dispensa de licitação trata da possibilidade de continuar um contrato que foi rescindido. Contudo, para que seja continuada a relação comercial com outra empresa é necessário que o novo pacto seja promovido com a empresa que tenha ficado em segundo lugar na licitação originária (ou, na desistência desta, as subsequentes) e que o valor do novo contrato seja igual ao contrato que foi rescindido.

Na prática, nota-se que aquela possibilidade de dispensa de licitação é pouco utilizada, tendo em vista que a licitante classificada em segundo lugar dificilmente consegue chegar ao preço daquela que se sagrou vencedora na licitação, considerando que, se o preço da licitante vencedora fosse factível à segunda colocada, provavelmente, ela teria ofertado durante a execução do certame e seria a vencedora do contrato.

Usualmente, os contratos são rescindidos pela falta de capacidade da empresa executora de concluir aquele determinado acordo, no mais das vezes, porque o valor é absolutamente inexequível. Neste diapasão, tornou-se muito comum a negativa das empresas classificadas na licitação anterior, visto que o preço do contrato firmado não cobriria as despesas mínimas para a execução, além dos problemas que a empresa nova provavelmente teria para sanar em razão das ações da contratada que fora aliçada.

Diante dessa realidade latente, o legislador optou por alterar o dispositivo, permitindo que a empresa classificada fosse contratada pelo preço por ela ofertado no certame. Assim ficou o artigo 41 da Lei nº 12.462:

Art. 41. Na hipótese do inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual observará a ordem de classificação dos licitantes remanescentes e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

Segundo a regra nova, após a rescisão do contrato administrativo, a parte remanescente poderá ser contratada sem licitação, desde que observada a ordem de classificação da licitação e as condições ofertadas pelos licitantes naquela oportunidade. Logo, o valor a ser contratado, passa a ser a proposta apresentada na licitação pela empresa, não o valor atualizado do contrato.

A alteração na regra de dispensa de licitação mostra-se interessante, considerando trazer maior eficiência e celeridade à Administração Pública sem burlar o processo licitatório, visto que este já foi realizado anteriormente e o seu resultado está sendo observado.

Embora o legislador não tenha sido claro, é razoável depreender do texto legal que o objetivo da norma era buscar, primeiro, a contratação pelo valor atualmente pago pela Administração e, somente após todos terem desistido de executar o objeto pelo valor do primeiro classificado, aí sim, inovar admitindo a contratação direta pelo preço ofertado pelos demais classificados.

Esta interpretação deve ser observada, sobretudo quando analisado o dispositivo sob uma ótica sistêmica. O artigo antecedente ao ora debatido estabelece:

Art. 40. É facultado à administração pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos:

I - revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; ou

II - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a **celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor**.

Parágrafo único. **Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar** a contratação nos termos do inciso II do caput deste artigo, a administração pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a **celebração do contrato nas condições ofertadas por estes**, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório. (grifou-se)

Ora, se a regra antes da assinatura do contrato é: primeiro convocar a todos pelo valor vencedor, para depois convoca-los pelas suas respectivas propostas, não faz sentido entender de forma diversa o dispositivo subsequente, que trata da substituição após a assinatura do contrato.

Concluindo este tópico, é importante destacar que, ainda que não exista nenhuma inconstitucionalidade na nova regra formada pelo legislador, ao menos no que tange ao seu aspecto teórico, é dever do administrador público manter-se atento para evitar possibilidades de fraudes e manipulações em decorrência dessa novidade.

Explica-se: considerando que a regra agora é a contratação pelo valor do segundo colocado, é possível que a empresa derrotada no certame licitatório assedie o vencedor, ofertando-lhe vantagens indevidas para que este abandone a execução do contrato, fazendo com que a Administração tenha que pagar um valor maior por aquilo que já estava sendo feito por menos.

A solução para o caso é simples e já positivada, basta que a Administração seja firme e aplique as penalidades devidas àqueles que abandonam a execução dos contratos administrativos, inclusive com o impedimento de licitar e contratar, caso este seja o caso.

Analisando a constitucionalidade do referido dispositivo, não há o que se falar, posto que foram respeitados todos os princípios constitucionais implícitos e explícitos, em especial, a isonomia no tratamento, o julgamento objetivo, a legalidade e a eficiência.

Até mesmo o dever de realizar o processo licitatório não é atacado por este dispositivo, quando considerado que a constituição

estabelece que a legislação pode estabelecer exceções ao dever de licitar, tal qual foi feito no presente caso.

## **4 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES SOB A ÓTICA DE TERCEIROS**

O Regime Diferenciado de Contratações foi construído sob uma ótica fundamental: a necessidade de urgência para as contratações da Copa do Mundo de Futebol, visto que o regime licitatório vigente seria arcaico e impediria o bom andamento dos contratos administrativos.

Diante deste quadro, é plenamente natural o receio de boa parte da população, sobretudo dos partidos de oposição ao governo que implementou esse regime diferenciado e órgãos de controle, quanto à legitimidade desse tipo de contratação.

É evidente que, ao anunciar um sistema de contratação que se supõe ser mais célere e eficiente, o primeiro pensamento que vem é o da fraude à licitação, a primeira imaginação é de que foi dado um “jeitinho” para burlar o processo licitatório e, assim, conseguir aumentar o nível de corrupção já endêmico no país.

Este capítulo tem por objetivo demonstrar a reação imediata da elaboração do RDC, apresentando a visão geral da mídia e da jurisprudência sobre o tema do Regime Diferenciado, com as mais diversas visões sobre o mesmo assunto, para, em contraste com o capítulo anterior, poder discutir a questão a fundo e fazer uma análise crítica quanto à propriedade de cada argumento.

Tendo em mente a necessidade de realizar esse paralelo entre a academia e a realidade fática, optou-se por buscar, nos mais diversos setores, a concepção mais imediata à novidade legislativa.

Com esse objetivo foram estudados três segmentos considerados relevantes e decisivos na formação da opinião pública e, porque não, até mesmo influenciando na declaração, ou não, da constitucionalidade pelo STF, quando esta vier a ocorrer.

Os segmentos analisados foram: a) a mídia; b) as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade propostas contra o RDC; e c) a jurisprudência, com foco no TCU.

O estudo das reportagens publicadas logo após a inovação legislativa mostra-se interessante dada a importância que esses instrumentos possuem na formação e no reflexo da opinião pública.

Muito embora a inviabilidade de contraste direto entre a mídia e o direito, é negável que a opinião pública e as publicações mais lidas no país possuem influência direta na forma como a doutrina e a

jurisprudência lida com determinados assuntos, sobretudo aqueles que possuem maior apelo midiático<sup>28</sup>.

Em segundo lugar, foi analisado o mérito das ADIN's propostas ao STF, mesmo que sem julgamento, para que fossem arrolados os principais argumentos levantados por cada uma das duas ações propostas.

Por fim, o TCU mostra-se fonte importante de pesquisa, sobretudo considerando o tema desta dissertação, que tem por base a contratação pública, sendo aquela Corte de Contas um dos órgãos mais respeitados no país para falar do assunto.

Feitas as análises das fontes acima relacionadas, conclui-se este capítulo com uma análise crítica dos principais temas levantados, dando a academicidade necessária ao trabalho.

#### 4.1. ANÁLISE DA MÍDIA ACERCA DO RDC

O presente tópico tem por objetivo oferecer um panorama exemplificativo da análise midiática acerca do RDC. Este ponto não pretende ser um rol exaustivo, apenas um levantamento da posição geral, a partir de reportagens retiradas dos principais veículos de notícias nacionais.

Importa destacar que as reportagens e artigos jornalísticos aqui trazidos possuem a natureza de pesquisa prática<sup>29</sup>. O cerne deste item é a demonstração da visão que a sociedade obteve sobre o RDC por intermédio das reportagens, entrevistas e comentários veiculados nos jornais de maior circulação nacional.

Não é o objetivo deste item fazer um confronto jurídico das ideias propaladas por jornalistas e comentaristas, mas sim apresenta-las enquanto panorama geral, para, no item 4.4 infra fazer a análise crítica dos comentários aqui ventilados.

O período temporal coberto pelo presente tópico inicia-se em junho de 2011, quando das polêmicas acerca da aprovação da então MP 527/11, que deu origem à Lei 12.462, até fevereiro de 2013, época na

---

<sup>28</sup> O caso “mensalão”, ainda em andamento quando da redação do presente trabalho, mostra bem o que aqui está sendo apontado. Ainda que seja possível discutir se a influência da mídia foi positiva ou negativa no caso em questão, não sendo este o objeto de estudo, é inquestionável que houve influência por parte da mídia na forma como o STF apreciou o caso.

<sup>29</sup> Os critérios e conceitos da pesquisa prática, bem como sua aplicabilidade no ramo do direito são apresentados por diversos autores, como MEZZAROBIA e MONTEIRO (2007, p. 105-118)



qual se discutia a possibilidade de estender o RDC para a construção de creches.

Feitas as ressalvas, a análise da posição da mídia acerca do RDC obedecerá a seguinte ordem de apresentação: a) Carta Capital; b) O Estado de São Paulo; c) Folha de São Paulo e; d) O Globo.

A cobertura inicial dada pela Revista “*Carta Capital*” ocorreu no sentido de informar os principais aspectos do RDC aos seus leitores. Também se tomou o cuidado de apresentar o posicionamento de autoridades, como o presidente do TCU, do Senado, dentre outros, a fim de oferecer um panorama das discussões que ocorreram durante a votação do RDC.

Em tais coberturas a Revista tratou de enfatizar os supostos avanços no andamento das licitações e contratações relacionadas inicialmente com a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos (CARTA CAPITAL, 2011b), bem como as críticas feitas a certos aspectos do Projeto de Lei (PL) que converteria a Medida Provisória (MP) 527/11, especialmente ao regime de contratação integrada e à confidencialidade dos custos das obras a serem contratadas.

Em relação à discussão acerca da confidencialidade dos custos das obras, a “Carta Capital” (2011b), por exemplo, afirma que “o presidente do TCU [então Benjamin Zymler] ainda se diz favorável à ampla divulgação dos custos das obras ‘de modo a assegurar a transparência, a prestação de contas dos gastos públicos e permitir o controle social’”.

Por sua vez, a reportagem “*Novo regime de contratações é avanço, diz TCU*” (CARTA CAPITAL, 2011) apresenta as críticas do então presidente do Senado, José Sarney, acerca de “qualquer mecanismo que estabeleça sigilo ao processo de contratação pelo governo”, enquanto a reportagem da jornalista Priscilla Mazonotti (CARTA CAPITAL, 2011a), apresenta o debate entre parlamentares governistas e oposição no Congresso Nacional acerca da contratação integrada, sintetizando-o da seguinte maneira:

A oposição contesta esse ponto do projeto e apresentou destaque para retirar a contratação integrada do texto da matéria. Os parlamentares contrários alegam que o fato de uma única empresa ou consórcio cuidar de todos os pontos da construção facilita irregularidades por falta de orçamento detalhado da obra. Os parlamentares governistas, entretanto, alegam que essa é a melhor forma de dar agilidade às obras.

Porém, no contexto das notícias relativamente curtas e neutras, aparece o artigo de opinião “*Contratos realmente ‘diferenciados’*”, que assume uma postura extremamente crítica ao RDC, de autoria de Pedro Serrano (CARTA CAPITAL, 2012c).

Pedro Serrano considera que, inobstante os aspectos positivos trazidos pela Lei 12.462/11, o RDC como sendo uma “perversão” prestes a tornar-se a principal forma de licitação no Brasil “a ser aplicada em obras relevantes e dispendiosas e ainda ameaça se tornar permanente como método de administração”. O autor vê no RDC uma suposta continuidade da “flexibilização” das prerrogativas do Poder Concedente iniciada na segunda metade da década de 1990 e como um instrumento destinado a favorecer os interesses privados sobre a coletividade, ampliando assim o que chama “de mecanismos nefastos de corrupção sistêmica”.

Serrano aponta para o fato de ficar a cargo do contratado o projeto básico do empreendimento, que contempla, dentre outros aspectos, as decisões mais importantes sobre o método de construção, utilização de materiais, etc., cabendo à Administração Pública a elaboração de um sintético anteprojecto de engenharia.

Isto, na opinião do autor, contribuiria decisivamente para efetivação de tais “mecanismos nefastos de corrupção sistêmica”, pois:

de um lado subtrai do órgão licitante a condição de realizar o cotejamento de propostas em disputa de forma objetiva, pela ausência de critérios uniformes de julgamento, possibilitando amplas formas de manipulação subjetiva do processo de escolha do contratante privado; de outro entrega à raposa o cuidado das galinhas, entrega a dimensão da obra como política pública ao particular, soterrando mecanismos de controle estatal inerentes à soberania. (CARTA CAPITAL, 2012c)

Com isto em mente, Serrano conclui que se deve:

Ter a coragem de revisar o todo da legislação de contratações públicas, relativa tanto às obras quanto aos serviços públicos, voltar corajosamente atrás na decisão de aplicar a contratação integrada às licitações de aeroportos e

outras que o governo entabula (CARTA CAPITAL, 2012c)

Assim, apesar de o artigo de Serrano ter assumido uma postura crítica tanto em relação ao RDC, quanto ao governo federal, a cobertura da revista Carta Capital mostrou-se equilibrada, pois as reportagens trazidas nesta dissertação possuem um caráter eminentemente informativo sobre o funcionamento dos principais aspectos do RDC. Além disto, nas reportagens analisadas, tomou-se o cuidado de apresentar igualmente os argumentos favoráveis e contrários ao RDC, a posição do governo, da oposição, do TCU e outros órgãos públicos

O Jornal *Estadão* inicialmente buscou enfatizar as críticas feitas ao RDC, adotando, assim, uma postura mais combativa do que outros meios de comunicação como, por exemplo, a revista Carta Capital. O foco das críticas veiculadas pelo *Estadão* está concentrado na inconstitucionalidade do RDC<sup>30</sup>.

Isto se torna especialmente visível na divulgação dada pelo *Estadão* à suposta controvérsia entre a Ministra-Chefe da Casa Civil Gleisi Hoffman e o Procurador-Geral da República Roberto Gurgel à época da aprovação da Lei 12.462/11 (ESTADÃO, 2011, 2011a).

As reportagens dedicadas ao assunto (ESTADÃO, 2011, 2011a, 2011b) se concentram no fato de o Procurador-Geral ter ingressado com uma ADI junto ao STF logo após a aprovação da Lei 12.462/11 e nas declarações da ministra, que visavam rechaçar as críticas feitas ao RDC. A título de exemplo, na reportagem “*Gleisi responde a Gurgel e defende RDC da Copa*” (ESTADÃO, 2011a), a ministra é apresentada da seguinte maneira pelo jornal: “escalada pelo Planalto, chefe da Casa Civil justifica à procuradoria a adoção do regime diferenciado para ganhar tempo nas obras do Mundial”.

Nota-se nas reportagens que, ao argumento da inconstitucionalidade, repetido em todas as reportagens do jornal no ano de 2011 sobre o RDC (2011, 2011a, 2011b, 2011c), contrapõe-se a

---

30 A exceção dentre das reportagens que aludem à inconstitucionalidade da MP 527 e das ilegalidades que poderiam advir da aprovação da referida MP, está a reportagem veiculada em 29 de junho de 2011 intitulada, “RDC vai causar grande estrago no Brasil, critica Serra” (ESTADÃO, 2011d). Após invocar a inconstitucionalidade da então MP 527, Serra afirma no restante da reportagem que a aprovação desse projeto “vai provocar um grande estrago no Brasil” porque as novas regras valerão para Estados, municípios, além da União e que a contratação integrada afetará o controle da qualidade das obras contratadas. A reportagem prossegue afirmando que “de acordo com o tucano, o novo modelo abre brechas para que as construtoras interessadas na licitação, na falta de um preço de referência definido pelo governo, possam elevar o preço final das obras”.

justificativa da eficiência nas licitações e de combate à corrupção, como se o argumento de inconstitucionalidade não pudesse ser juridicamente contestada, mas apenas justificada como uma medida de eficiência gerencial por parte do governo.

Já em 2012, o foco das reportagens do *Estadão* passou da ADI proposta pelo Procurador-Geral da República e das previsões pessimistas para as propostas de expansão do RDC para as obras relacionadas à infraestrutura aeroviária e, principalmente, para as obras de infraestrutura, mobilidade urbana, entre outras, do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (ESTADÃO, 2012, 2012b), assim como as consequentes polêmicas em torno da expansão do RDC.

Assim, apesar de ter tratado de uma publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre as vantagens do RDC (ESTADÃO 2012a), as atenções logo se voltam para as controvérsias acerca da expansão do RDC para as obras do PAC. Atenção especial foi dada à estratégia de incluir a expansão do RDC, dentro da proposta foi incluída na Câmara, em uma MP, que tinha como objeto principal permitir à Eletrobras assumir o controle acionário da Centrais Elétricas de Goiás (ESTADÃO, 2012d.) A inclusão da expansão do RDC foi denunciada pela oposição como parte do “contrabando legislativo” praticado pela Câmara. Na visão dos senadores oposicionistas, a prática vai contra a Constituição. (ESTADÃO, 2012d.)

A última das reportagens do *Estadão* (2012e) adota um tom mais otimista em relação ao RDC. Em “*Governo muda formato de licitação para acelerar PAC*”, oportunidade na qual já retrata a supressão dos aditivos como uma medida positiva introduzida pela contratação integrada prevista no RDC, o posicionamento é mais ameno:

O RDC Integrado pode ainda eliminar um foco de corrupção no serviço público: os aditivos. Hoje, o governo contrata a construção de uma estrada, por exemplo, e não raramente aumenta o preço pago à empreiteira por causa de dificuldades não antecipadas na fase da elaboração do projeto, como um tipo de solo que exija um pavimento diferente.

A reportagem prossegue citando o exemplo da utilização do RDC pelo do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) que “reduziu o prazo dos trâmites burocráticos de 250 dias para algo entre 60 e 90 dias. Além disso, os preços caíram perto de 15%”. (ESTADÃO, 2012e)

A leitura que se faz da reportagem mostra que o RDC foi tratado como uma maneira eficiente de reduzir os custos da licitação, dada a simplicidade dos procedimentos previstos. O RDC é retratado pela primeira vez na reportagem não como uma norma inconstitucional, mas como um instrumento que poderá incentivar o crescimento econômico.

Apesar da mudança de tom ocorrida na última reportagem, nota-se que boa parte das reportagens do *Estadão*, trazidas nesta dissertação, focaram ou na suposta inconstitucionalidade da MP 527 e da Lei 12.462/11, ou nas expansões igualmente consideradas como inconstitucionais, vez que as expansões foram aprovadas no contexto de outras MPs que não possuíam relação com o RDC

O jornal Folha de São Paulo - “Folha”, de forma semelhante ao *Estadão*, tratou inicialmente de frisar as controvérsias relacionadas à legalidade do RDC e dos aspectos polêmicos da MP 527 e do PL, notadamente o caráter sigiloso do orçamento inicial da obra (FOLHA DE SÃO PAULO, 2011)

Na primeira reportagem sobre o RDC, “*TCU contraria governo sobre flexibilização de licitações da Copa*”, a “Folha de São Paulo” explora os atritos entre o governo e os órgãos de controle de maneira semelhante àquela feita pelo *Estadão*.

Em 2012, as reportagens da “Folha” também focaram na expansão do RDC, em especial a expansão para abranger as obras do PAC.

No artigo “*Regra que flexibiliza obras do PAC pode ser incluída em MP, diz Ideli*” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012), relata-se a tentativa do governo de incluir a previsão da utilização do RDC nas obras do PAC em uma MP que tratava de outra questão. Apesar do título, a referida reportagem não se limitou a expor o esforço do governo em conseguir a inclusão e aprovação da expansão do RDC para as obras do PAC, porém, transformou-se em uma plataforma para criticar o governo em outros campos que não estão minimamente relacionados com o RDC.

A posição crítica da “Folha” em relação ao RDC torna-se mais evidente no artigo “*Em ano eleitoral, Senado aprova RDC para obras do PAC*” (2012a), oportunidade na qual afirma que o RDC torna as licitações “menos rigorosas” e contém novamente uma crítica velada à maneira pela qual o RDC foi expandido para abranger as obras do PAC.

Além disto, a única citação trazida na reportagem é do Senador Aécio Neves, que critica fortemente a aprovação da expansão do RDC, reproduzida abaixo:

“A partir de agora nós estamos permitindo que o governo federal estabeleça quais são as obras que serão licitadas pela Lei 8.666 e quais serão licitadas por esse regime esdrúxulo de contratações. É preciso que estejamos atentos a quais são as verdadeiras intenções com esse modelo”, disse o senador Aécio Neves (PSDB-MG).

Finalmente, o último artigo da “Folha” sobre o RDC trazido nesta dissertação trata-se de um artigo de opinião, de autoria de Jilmar Tatto (2012). O artigo *“O Regime Diferenciado de Contratações, que flexibiliza regras de licitação, deve valer para as obras do PAC?”* responde afirmativamente à questão formulada e apresenta o RDC como um marco na “racionalização dos procedimentos, diminuição dos prazos e, principalmente, dos custos”.

Com o RDC, os avanços são visíveis. Onde esse regime foi aplicado, o tempo médio de finalização dos processos licitatórios caiu de 250 para 80 dias. Houve redução aproximada de custos na ordem de 15% nos valores das licitações. E sem prejuízos à fiscalização, já que o regime diferenciado garante total acompanhamento por parte dos órgãos de controle interno e externo. (TATTO, 2012)

A manifestação de Tatto (2012) não surpreende, vez que, à época do artigo, ele era o líder da base governista na Câmara e também por repetir os argumentos apresentados pelos membros do governo, conforme relatado anteriormente. Todavia este artigo constitui um contraponto ao tom geralmente hostil das reportagens publicadas pela “Folha” sobre o RDC.

As reportagens do jornal “*O Globo*” (2011, 2011a, 2011b) seguiram o mesmo tom inicial dos outros jornais: explicaram brevemente o RDC e mostraram argumentos pela inconstitucionalidade do novo regime. As exceções encontrada nas primeiras reportagens de *O Globo* foi o fato de este ter sido o único meio de comunicação<sup>31</sup> a noticiar o ajuizamento de uma ADI por alguns dos partidos da oposição ao governo petista.

No artigo “*RDC em discussão*” Merval Pereira (2011) relata a sua participação em um debate promovido pelo TCE-RJ sobre o RDC e

---

31 dentre os trazidos nesta dissertação.

apresenta suas impressões acerca do tema, assim como dos debates que lá ocorreram.

Neste artigo, o autor levanta duas novas questões relacionadas ao RDC, pontos que não foram colocadas por outros autores: a) a falta de empenho por parte do governo em rever a legislação de licitações e; b) os problemas que poderão advir da existência de dois regimes de licitações paralelos (PEREIRA, 2011)

Quanto à primeira questão levantada, Pereira (2011) afirma:

Ressaltei que o governo falhou na comunicação, pois, desde que o Brasil foi anunciado como organizador da Copa do Mundo, esse Regime Diferenciado, que o governo acha que é uma evolução da Lei de Licitações, deveria estar sendo debatido.

O governo alega que desde 2009 tinha o projeto desse regime no Congresso, e não conseguiu aprovar, o que só demonstra que não levou a sério o problema, pois não mobilizou sua maioria parlamentar, só o fazendo agora, quando estamos em cima dos prazos-limite para as obras.

Em relação à existência de dois regimes de licitação paralelos, o RDC e a Lei 8.666/93, Pereira (2011) aponta os obstáculos à uniformização da legislação e as inseguranças que podem surgir da aplicação do RDC. O autor aponta que a existência simultânea de ambas as normas pode ser considerado como um sinal de casuísmo por parte do governo.

Pereira (2011) também cita a concordância do ministro Benjamin Zymler, presidente do TCU, cujo entendimento é semelhante ao do jornalista; de acordo com Pereira (2011), Zymler afirmou durante o debate que “que as prefeituras envolvidas nas obras para a Copa do Mundo e as Olimpíadas podem ficar com receio de serem questionadas na Justiça por se utilizarem das novas regras, que ainda não estão muito claras”.

Em 2012, O Globo seguiu a linha dos outros jornais, citando as expansões do RDC para as obras do PAC, áreas da saúde, educação e transporte (O GLOBO, 2012, 2012a, 2012b, 2012c). Tal qual os outros jornais, O Globo apenas citou, acriticamente, o fato de as expansões do RDC terem ocorrido no contexto da aprovação de outras Medidas Provisórias, sem relação com o próprio RDC, e concedeu considerável

espaço nas reportagens para as críticas feitas por parlamentares da oposição sobre as expansões do RDC.

Por fim, o jornal veiculou reportagens no começo de 2013 acerca da possibilidade de expandir novamente o RDC, desta vez para abarcar as licitações relacionadas às obras de prevenção de desastres e à construção de creches (2013, 2013a, 2013b). Tais expansões serviriam para adquirir materiais e insumos necessários à prevenção ou recuperação de áreas afetadas por desastres naturais sem “os obstáculos das exigências [legais] que afetam a emergencialidade da obra” (O GLOBO, 2013a).

Neste breve levantamento, nota-se que, com poucas exceções, a posição geral da mídia pretendeu retratar o RDC como um instrumento inconstitucional para satisfazer interesses, às vezes escusos, bem como mostrar a imagem de um governo acuado ante as diversas críticas feitas à MP 527 e ao PL, assim como, às acusações de inconstitucionalidade do RDC e as constantes remissões às ADIs 4645 e 4655 (STF, 2011; 2011a) propostas perante o STF, objeto de análise do próximo item desta dissertação.

## 4.2 AS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE MOVIDAS CONTRA O RDC

O presente tópico tem por objetivo analisar as supostas inconstitucionalidades formais e materiais do RDC, objeto de questionamento nas ADIs 4.645 e 4.655, ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

No plano da legalidade formal, a ADI 4.645 levantou dois questionamentos: a) a inobservância dos requisitos e relevância e urgência e; b) o abuso do poder de emendar.

Segundo os partidos, a MP 527/11 não observou o art. 62 da CF<sup>32</sup>, no tocante aos requisitos de relevância e urgência, necessários à sua edição. A análise desses pressupostos tem natureza política e cabe ao Chefe do Executivo realizar o juízo prévio, devendo o Legislativo, posteriormente, apreciá-lo. A inobservância deste rigor formal, por sua vez, permite o controle pelo Poder Judiciário.

Portanto, argumentam que, uma vez que as normas referentes ao RDC não foram inseridas no texto originário da MP 527/11, mas

---

<sup>32</sup> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.



somente no projeto de lei de sua conversão, não teria havido o juízo político do Presidente da República acerca da relevância e urgência das disposições relativas ao RDC. Este argumento leva, segundo os autores da ADI 4.645, à inconstitucionalidade formal da Lei 12.462/11.

O segundo argumento sustenta que a inconstitucionalidade formal do RDC gira em torno do suposto abuso do poder de emendar, com a consequente violação do devido processo legislativo constitucional. A admissão de emendas incompatíveis ao texto da MP 527/11<sup>33</sup>, viola o devido processo legislativo, (STF, 2011, fls.07).

Sustentam que enquanto projeto de lei, às MPs aplicam-se as mesmas regras do processo legislativo, em especial no tocante as normas que estabelecem o procedimento de leis de iniciativa privativa do Executivo, não há relação de pertinência lógica entre a emenda que fez incluir o RDC e os temas tratados pela Medida Provisória, tal como encaminhada pela Presidência da República. Deste argumento, concluem que a sanção presidencial não retifica o vício formal ocorrido anteriormente.

Já na ADI 4.655 (STF, 2011a), ajuizada pelo Procurador-Geral da República, sustenta que, sendo a MP espécie normativa de iniciativa exclusiva do Presidente da República, somente este pode decidir pelas matérias de relevância e urgência. Argumenta que a inclusão de matéria por parte do Legislativo em uma MP seria o mesmo que transferir a atribuição exclusiva dada pela CF ao Presidente da República, o que violaria o princípio da separação dos poderes previsto em seu art. 2º<sup>34</sup>.

Citando o entendimento do STF, acerca da usurpação da iniciativa exclusiva do Presidente da República pelo Poder Legislativo eivar a norma de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República conclui que:

...como a Lei 12.462/11, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela Presidente da República, sua

---

33 A MP 527/11 dispunha acerca da organização da Presidência da República e dos Ministérios, criação da Secretaria da Aviação Civil, alteração da lei da ANAC e da INFRAERO, criação de cargos em comissão, bem como a contratação de Controladores de Tráfego Aéreo

34 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida. (STF, 2011a, fls.8)

É interessante notar as diferenças de argumentação neste ponto: enquanto na ADI 4.645, a argumentação se concentra no abuso por parte do Poder Executivo “de sua competência constitucional e [na edição de] atos legislativos flagrantemente alheios às exigências constitucionais” (STF, 2011, fls. 04), na ADI 4.655 a argumentação da inconstitucionalidade formal se concentra na usurpação do legislativo de atribuições exclusivas do Presidente da República.

Do ponto de vista da legalidade material, ambas ADIs estão baseadas na alegação da violação dos princípios constitucionais do caput do art. 37 da CF/88<sup>35</sup>, especificamente os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, as questões aventadas pelas ADI's serão apresentadas em conjunto. As diferenças entre as ADIs serão ressaltadas, caso seja necessário.

A contestação da legalidade material da Lei 12.462/11 apresentada pelas ADIs 4.645 e 4.655 (STF, 2011; 2011a) giram em torno de seis tópicos: a) a delegação ao Executivo acerca da escolha do regime jurídico aplicável; b) o sigilo do orçamento das contratações previstas na Lei 12.462/11; c) a contratação integrada como elemento essencial para formação de julgamentos subjetivos das propostas de licitação; d) a remuneração variável aos contratos de desempenho; v. a dispensa de publicação dos atos praticados no processo licitatório em questão; e, finalmente, e) o instrumento auxiliar da pré-qualificação permanente como inibidor da ampla competitividade dos interessados nas licitações.

O primeiro ponto levantado em ambas ADIs diz respeito à suposta delegação de competência ao Executivo na escolha do regime jurídico aplicável às licitações regidas pelo RDC, violando assim o art. 37, XXI, da CF<sup>36</sup> (STF, 2011, fls. 23-6; 2011a, fls. 11). Argumenta-se que o art. 1º, incisos I e II, combinado com o art. 65 da Lei 12.462/11<sup>37</sup>,

---

35 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

36 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

37 Art. 1º - É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização

não fixam os parâmetros mínimos para identificar obras, serviços e compras que o RDC deve adotar.

Lembram ainda que o regime aplicável às licitações deve estar exposto em lei, não sendo, portanto, competência do Executivo a sua escolha.

Com isso, haveria a abertura de uma inaceitável margem de discricionariedade para o Executivo escolher o que poderá ser ou não licitado nos moldes do RDC, violando assim os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

Na mesma linha de raciocínio está o argumento levantado pelos partidos políticos na ADI 4.645 (STF, 2011):

Em que pese a aparente taxatividade da redação do caput do art. 1º (“aplicável exclusivamente”), na verdade, as hipóteses descritas nos incisos são essencialmente vagas e imprecisas, conferindo ao Executivo liberdade total na escolha do regime de licitação a aplicar. (...)

Observe-se, assim, verdadeira delegação de competência a ente da Administração Pública para definir o regime licitatório aplicável ao caso. Ou seja, na prática, o Executivo poderá escolher, caso a caso, o regime jurídico aplicável.”

O Procurador-Geral da República na ADI 4.655 (STF, 2011a), se manifestou no mesmo sentido ao afirmar que

A ofensa ao art. 37, XXI, da CR, parece bastante evidente, pois o regime de licitação pública não está definido em lei, e sim por ato do Executivo. Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre

---

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

[...]

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo.

Outro tópico levantado na ADI 4.645, ajuizada pelos partidos políticos, diz respeito ao sigilo nos orçamentos das contratações públicas, a partir da previsão contida no art. 6º, § 3º da Lei 12.462/11<sup>38</sup>.

Argumenta-se que há uma clara inversão da disposição constitucional, segundo a qual a transparência e a publicidade são regras e o sigilo apenas ocorre em casos excepcionais, devidamente motivados.

O disposto no § 3º estabelece uma presunção de sigilo, invertendo a lógica constitucional. De acordo com tal disposição, se a informação não constar do instrumento convocatório presume-se que seja sigilosa. Há nisto uma inversão da regra constitucional. Na Constituição Federal a publicidade e a transparência são regra. O sigilo justifica-se apenas em casos excepcionais, isto é, quando haja risco à segurança nacional ou da sociedade ou quando se trate de informação que diga respeito à vida privada e a intimidade do cidadão. (STF, 2011, fls. 46)

Na ADI 4.645 (STF, 2011), segue-se argumentando que a presunção de sigilo criada pelo § 3º do art. 6º da Lei 12.462/11 viola, de maneira flagrante, o dever constitucional de motivação dos atos jurídicos do Poder Público.

A partir dos argumentos expostos acima, os partidos políticos pediram a declaração da inconstitucionalidade do §3º do art. 6º da Lei 12.462/11<sup>39</sup>, uma vez que o sigilo dos orçamentos públicos nos processos de licitação regidos pela Lei 12.462/11 afronta o princípio da publicidade (STF, 2011, fls. 50).

---

38 Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

39 (...)§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Além da suposta delegação de competência ao Poder Executivo, focaram-se as ADI's também na suposta inconstitucionalidade do RDC em relação ao instituto da “contratação integrada”.

A Adin 4.645 (STF, 2011), ajuizada pelos partidos políticos, afirma que a contratação integrada é uma “modalidade” de licitação inconstitucional, por violar o art. 37, *caput* da CF/88.

A contratação integrada, de acordo com os partidos políticos, supostamente estimularia um processo licitatório pautado em critérios subjetivos. Para eles, a objetividade do julgamento de uma licitação deve valer-se da igualdade e da probidade, alcançadas com base em critérios previamente definidos. De acordo com o previsto no art. 6º, IX, da Lei 8666/93<sup>40</sup>, estes critérios previstos valem-se do projeto básico e resumem-se em elementos que permitem o estabelecimento de critérios objetivos no julgamento de uma licitação.

Assim, uma vez que a contratação integrada afasta o projeto básico da licitação, passando a exigir somente um anteprojeto de engenharia, com características supostamente insuficientes para a identificação de obras e serviços, tem-se a margem para a ocorrência de processos licitatórios pautados pela subjetividade.

A verdade é que a contratação integrada, por seus meios e efeitos, acaba por afastar a incidência da

---

40 Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

própria obrigação de licitar, na medida em que a subjetivação dos critérios de escolha torna o processo licitatório mero instrumento formal, incapaz de atingir os objetivos do princípio constitucional da licitação, quais sejam, o de permitir uma seleção em que haja igualdade entre os participantes, a escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público e a moralidade do ato, consubstanciada na existência de elementos objetivos no edital de licitação e na possibilidade de controle dos atos da administração pelos meios previstos na própria Constituição Federal. (STF, 2011, fls. 39)

O Procurador-Geral da República manifestou-se no mesmo sentido na Adin 4.655 (STF 2011a), ao afirmar que a inconstitucionalidade da “contratação integrada” prevista na Lei 12.462/11 apresenta um alto grau de subjetividade quanto à delimitação do objeto a ser licitado. Isto, de acordo com o Procurador-Geral seria um comprometimento do critério do julgamento objetivo das propostas dos licitantes participantes.

A questão da remuneração variável aos contratos de desempenho foi levantada na Adin 4.645 (STF, 2011), ajuizada pelos partidos políticos. Alega-se vício de constitucionalidade no art. 10 da Lei 12.462/11<sup>41</sup>, ao permitir retribuição variada paga pelos entes contratantes, conforme desempenho da contratada.

O argumento aqui apresentado gira em torno de o desempenho da contratada não poder ser considerado como parâmetro de remuneração por parte do ente contratante, pois permite ao administrador efetuar escolhas discricionárias, que fogem dos critérios estabelecidos para um certame isonômico, o que, por conseguinte, viola os princípios da moralidade e impessoalidade.

Com base nisto, ambas Adins (STF, 2011; 2011a) sustentam a inconstitucionalidade no que diz respeito à remuneração variável dos contratos de desempenho, previsto no art. 10 da Lei 12.462/11<sup>42</sup>.

---

41 Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

42 Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Outro dispositivo que gerou polêmica e suscitou o pedido de inconstitucionalidade do RDC, na Adin 4.645 (STF, 2011), diz respeito ao meio utilizado para dar publicidade aos atos ligados ao processo licitatório, disciplinado pelo § 2º do art. 15 da Lei 12.462/11<sup>43</sup>.

Alega-se que o princípio da publicidade não pode sofrer restrições, devendo ter eficácia ampla, sempre que possível. Assim, a publicação em sítio eletrônico é complementar à publicação em Diário Oficial, portanto, as duas são necessárias. Restringir uma ou outra, tendo meios possíveis para realizar ambas acaba por violar o art. 37, *caput* da CF:

Não há razão jurídica que autorize criar-se essa exceção. Tal dispensa de publicação não se coaduna com a norma do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, mormente os princípios constitucionais da publicidade e moralidade. (STF, 2011, fls. 43)

Por fim, em relação ao procedimento auxiliar da pré-qualificação permanente, a Adin 4.655 (STF, 2011a) ajuizada pelo Procurador-Geral da República, sustenta a sua inconstitucionalidade, por afrontar a finalidade do processo licitatório previsto no art. 37, XXI, da CF.

Na referida Adin, o Procurador-Geral da República buscar salientar que a pré-qualificação permanente viola o princípio da isonomia e, conseqüentemente o princípio da impessoalidade, por afastar do processo licitatório aqueles interessados não previamente qualificados, gerando lesão à ampla competitividade da licitação pública (STF, 2011a, fls. 25-7).

---

43 Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório (...)

§ 1º A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.

Argumenta-se na Adin 4.655 que o procedimento de pré-qualificação permanente, no âmbito do RDC, estaria justamente na contramão da isonomia e da ampla competitividade, uma vez que busca a habilitação prévia dos licitantes, em fase anterior e distinta da licitação, além de ainda permitir que interessados não pré-qualificados sejam aliçados da licitação, conforme o disposto no art. 30, § 2º, da Lei 12.462/11<sup>44</sup>.

A referida Adin ainda mostra que, nos termos da Lei 12.462/11, a pré-qualificação é prevista para qualquer situação que envolva fornecimento de bem e execução de serviço e obra, afirmando que “não há aqui qualquer caráter de excepcionalidade, o que permite concluir pela possibilidade concreta de lesão à ampla competitividade que deve nortear as licitações.” (STF, 2011a, fls. 29)

#### 4.3 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

O presente tópico tem por objetivo mostrar o tratamento jurisprudencial dado aos casos relacionados ao RDC no âmbito do TCU.

É importante ressaltar que, dada a amplitude dos assuntos tratados nos Acórdãos trazidos a seguir, deve-se ter em mente as delimitações desta dissertação que se debruça, exclusivamente, sobre os aspectos materiais da Lei nº 12.462/11. Portanto, não será feita uma descrição exaustiva de cada Acórdão, apenas focar-se-á nos entendimentos mais importantes do TCU relativos ao tema proposto.

Sobre a jurisprudência do TCU acerca do RDC, os tópicos relevantes para esta dissertação são: a) aplicação do RDC para a contratação de obras cuja previsão de conclusão é posterior à realização dos eventos esportivos a que se propõem; b) a obrigatoriedade do sigilo orçamentário dos contratos celebrados sob a égide do RDC; c) a necessidade de mecanismos para lidar com a possibilidade de o licitante cobrir o menor preço com desconto irrisório, caso haja diferença mínima entre os valores dos lances; d) inovações feitas no âmbito da contratação integrada.

---

44 Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

(...)

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.



Os tópicos expostos acima serão analisados em conjunto, com a citação dos Acórdãos relacionados a cada tópico.

Primeiramente o TCU apreciou a utilização do RDC para a contratação de obras com previsão de término em data posterior aos eventos esportivos, entendendo ser possível a utilização desse regime de contratação apenas se as obras puderem ser concluídas antes do início do evento. Assim, no Acórdão 1.036, o TCU (2012) manifestou-se no seguinte sentido:

a utilização do Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC) envolve, como pré-requisito, a necessidade de as ações objeto dos certames estarem concluídas anteriormente à Copa do Mundo de 2014, tal qual **expressamente** previsto no art. 1º da Lei 12.462/2011. (TCU, 2012, fls. 9, §27. Grifo do autor)

O entendimento contrário à adoção do Regime para as obras que não serão concluídas para os referidos eventos é fixado e reiterado posteriormente no Acórdão nº 1.324 (TCU, 2012a), que versa sobre a auditoria realizada nas obras do aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza-CE. Porém, no Acórdão 1.324, admitiu-se a necessidade de excetuar os casos em que ficar comprovada a inviabilidade técnica e econômica de se parcelar o restante da empreitada, hipóteses em que todo o empreendimento poderá ser licitado pelo RDC. A esta comprovação, deve-se demonstrar a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da obra a serem concluídas após a Copa do Mundo ou aos Jogos Olímpicos (TCU, 2012a, fls. 09, §24).

Aqui o entendimento do TCU reflete claramente o propósito original da redação da Lei 12.462/11: a utilização do RDC apenas para as parcelas das obras que serão concluídas previamente ao evento a que se destinam. As parcelas com conclusão posterior ao evento esportivo continuarão a utilizar o regime estabelecido na Lei 8.666/93. Entretanto, caso se comprove a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento do restante da empreitada, o RDC poderá ser utilizado para a licitação de todo o empreendimento.

Outra questão considerada pelo TCU foi a confidencialidade do orçamento. No Acórdão 2.880 (TCU, 2012b), o Ministro Valmir Campelo relata, dentre outras questões que:

Estando os autos em meu gabinete, ainda, tive notícia de que o RDC em exame foi considerado

fracassado pelo fato de os preços apresentados pelas licitantes terem sido superiores à estimativa da Infraero.

A situação é preocupante; principalmente porque a realização de um novo procedimento licitatório envolve trâmites burocráticos que podem impactar no cronograma de execução das obras, cujo prazo para conclusão era dezembro/2013. (TCU, 2012b, fls. 20, §11)

No mesmo acórdão, o relator frisou novamente o entendimento consolidado nos Acórdãos 1.036 e 1.324 (TCU 2012; 2012a) acerca da utilização do RDC apenas para as obras, ou parcelas das obras, que serão concluídas previamente ao evento a que se destinam, exceto as ressalvas efetuadas no Acórdão 1.324.

O entendimento sobre o caráter obrigatório da confidencialidade do orçamento continuou a evoluir quando do Acórdão 3.011 (2012b), oportunidade na qual se afirmou peremptoriamente:

... o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão...em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento. (TCU, 2012b, fls. 114, §76)

E conclui no seguinte sentido:

Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas. (TCU, 2012b, fls. 114, §76, *in fine*)

Por fim, no Acórdão 306, o relator parte do pressuposto de que, nos termos da Lei 12.462/11, o orçamento sigiloso não é obrigatório, mas sim uma possibilidade que deverá levar em conta a eficiência, eficácia, efetividade e economicidade (TCU, 2013, fls. 19, §38, *in fine*).

Assim, lembra o relator que “o RDC delineou uma vasta gama de soluções para que o gestor definisse como obter a melhor proposta [bastando] motivá-las, considerando as particularidades e idiossincrasias de cada contratação.” Por fim o relator recomenda que “se demonstrada a vantagem em abrir o orçamento, que assim se faça.” (TCU, 2013, fls. 18, §36)

Desta forma, vê-se que o entendimento do TCU sobre a confidencialidade do orçamento-base leva em conta a possibilidade de não atendimento ao valor estabelecido, o que levará ao fracasso da licitação e à eventual frustração do próprio propósito do RDC em relação às obras relacionadas aos eventos esportivos. O TCU, portanto, recomenda a adoção de uma abordagem caso a caso para avaliar a necessidade de adotar-se um orçamento sigiloso.

O terceiro item trazido neste item, a necessidade de mecanismos institucionais para lidar com a possibilidade de o licitante cobrir o menor preço com desconto irrisório no contexto do RDC, é fruto do entendimento iniciado no Acórdão 306 (2013) e estabelecido no Acórdão 1.442 (2013a), originada de uma representação feita contra uma licitação conduzida pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional.

O Acórdão 306, já mencionado anteriormente, também cuidou de determinado licitante que ofereceu um desconto irrisório em seu lance (de R\$ 0,01) para vencer a licitação relacionada a obras no aeroporto internacional de Salvador-BA. Na oportunidade, além dos outros entendimentos já analisados, o TCU recomendou à INFRAERO que estabelecesse um intervalo mínimo entre os lances, em conformidade com o art. 17, art. 17, § 1º, inciso I da Lei nº 12.462/11<sup>45</sup>, de modo a impedir tais manobras.

No caso tratado no Acórdão 1.442, também ocorreu de determinado licitante ter aguardado a desistência de todos os demais licitantes para, ao final, apresentar lance minimamente inferior à melhor oferta e sagrar-se vencedor (TCU, 2013a, fls. 11, §8)

Em seu voto, o relator aproveitou o fato de a jurisprudência do TCU não se encontrar consolidada para ressaltar o papel do TCU no aprimoramento do RDC.

---

45 Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento:

I - a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta;

Neste sentido, recomendou que a Administração adote procedimentos para coibir tal prática no futuro, além de recomendar à Secretaria de Infraestrutura Hídrica que estabeleça um intervalo mínimo entre os lances, em conformidade com o art. 17, art. 17, § 1º, inciso I da Lei nº 12.462/11, de modo a impedir a apresentação de lance minimamente inferior à melhor oferta (TCU, 2013a, fls.12-3 , §13), assim como recomendou à INFRAERO no Acórdão 306.

O último ponto relevante trazido nesta dissertação, acerca das contribuições feitas pelo TCU no âmbito da contratação integrada, parte-se do Acórdão 1.510, oportunidade na qual o TCU estabeleceu que, no âmbito da contratação integrada, a necessidade de justificação da escolha dessa modalidade de contratação, que o orçamento sintético deve estar adaptado às condições da obra e oferecer o maior número possível de avaliações e informações (TCU, 2013b, fls. 28, §46).

No que tange ao anteprojeto, o TCU entende que este “preveja a arquitetura consistente do empreendimento, tendo em vista ser essa a informação definidora do produto a ser entregue à Administração” (TCU, 2013b, fls. 28, §45) de modo a orientar o projeto básico e evitar que os riscos advindos da falta de informações que poderão ser percebido apenas durante a execução.

#### 4.4 ANÁLISE CRÍTICA DAS VISÕES ACERCA DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Conforme apresentado neste trabalho é nítido que existe uma larga maioria de opiniões, sobretudo influenciados pela mídia, que colocam o Regime Diferenciado de Contratações como um vilão a ser combatido.

Partindo de uma análise idônea e crítica, independentemente de visões político-partidárias, foi possível discutir a legislação como um todo, ao abarcar cada uma das diferenciações entre a Lei Geral de Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações, durante o terceiro capítulo deste trabalho.

Das análises realizadas extrai-se que muitas opiniões acerca do RDC são exaradas com base em achismos ou discussões levianas, sem o aprofundamento necessário para uma discussão séria e que se pretenda minimamente independente.

Para analisar o RDC é fundamental que se desvincule esse novo regime de contratações da velha conceituação de licitação da LGL, compará-los é fazer com que o intérprete já tenha, desde pronto, uma

visão deturpada dos conceitos mais recentes trazidos pelo Regime Diferenciado de Contratações.

Esses conceitos novos, por criarem outra realidade no campo licitatório, trazem uma posição de conflito com o direito já positivado e o costume brasileiro no campo das contratações públicas. É natural que toda e qualquer novidade, sobretudo num campo tão delicado como as contratações públicas, traga grande receio quanto à sua aplicabilidade e, principalmente, seus efeitos a médio e longo prazo.

Da análise das manifestações midiáticas também foi possível perceber um erro estratégico-político do governo ao apresentar o RDC em suas primeiras explanações. Ao trazer o RDC como um instrumento desburocratizador das licitações, o Estado não foi suficientemente claro para demonstrar seu foco na eficiência do novo regime, em detrimento de uma possível busca por novas formas de fraudar licitação.

Logicamente, diante das perspectivas e tradicionais escândalos ligados à corrupção, a primeira impressão de quase todo brasileiro, quando se anuncia um regime simplificado de licitações, será o aumento nas possibilidades corruptivas, o que será, de imediato, explorado pela grande mídia.

A corrupção é, notoriamente, um problema mundial e que toma proporções assustadoras no Brasil, como explica FERREIRA FILHO (1994):

No Brasil menos desenvolvido, a corrupção procede principalmente de uma confusão entre o público e o privado, típica das sociedades pouco ou não-desenvolvidas. O chefe, ou chefe político, entende que a coisa pública é sua, conseqüentemente que não há distinção entre o seu bolso e o erário. Ou, mais sutilmente, que o seu esforço pelo bem dos outros vale uma remuneração. Trata-se de um modo de ver por que aliás a Europa na Idade Média passou. No mais desenvolvido, um fator importante é o desejo de fazer a América. (...) Essa ambição que legitimamente movia os imigrantes, permanece entre alguns de seus descendentes, mas agravada pela ânsia de fazê-lo o mais rapidamente possível.

Contudo, em um trabalho acadêmico, não cabem achismos e opiniões baseadas nas primeiras impressões. É fundamental que seja estudado o tema a fundo, para que possam ser exarados conceitos mais

precisos e com a acuidade científica que se espera em estudos desta natureza.

Fato é que, estudando o Regime Diferenciado de Contratações, ao menos na maior parte de suas inovações, não se percebe nenhuma afronta à CF/88 ou ao ordenamento jurídico vigente como um todo, ao menos em uma análise principiológica como a trazida por GARCIA e ALVES:

Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, consequência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória.

Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente – o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio – e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores. Constatada a inexistência de regra específica, maior importância assumirão os princípios, os quais servirão de norte à resolução do caso apreciado. (2002 p. 10-11)

Por outro lado, salvo pontos específicos de melhorias, o RDC também não parece ser a tábua salvadora que adequará a máquina estatal ao tão sonhado princípio da eficiência administrativa.

O que se tem é exatamente o que o nome traz: um regime diferenciado. Nem melhor, nem pior. Diferente.

Ainda que se veja uma melhora sutil no regime de contratações públicas, as grandes feridas do sistema licitatório brasileiro permanecem inalteradas. Isto porque o Regime Diferenciado de Contratações, em que pese fazer alterações importantes na Lei nº 8.666/93, manteve muitos dos conceitos fundamentais da legislação anterior, não se desprendendo de amarras que urgem por ser rompidas.

Explica-se:

O Regime Diferenciado de Contratações possui vantagens, em especial no que tange à positivação de entendimentos já pacificados na jurisprudência, a simplificação de procedimentos, em especial no que

tange à inversão de fases<sup>46</sup> para as licitações de obras e serviços de engenharia, foram solucionadas polêmicas existentes na Lei nº 8.666/93, além do estímulo à padronização.

Por outro lado, com o advento de uma nova legislação perdeu-se uma excelente oportunidade de se repensar todo o processo licitatório em sua essência, de forma a realizar um processo licitatório que, efetivamente, se adequasse ao interesse público, na sua mais pura concepção, como explica ESCOLA:

(...) o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se estende a toda a comunidade como consequência dessa maioria e que encontra sua origem no querer axiológico desses indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto a respeito dos indivíduos, que podem reconhecer nele seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou o afetem, aos que desloca ou modifica, sem destruí-los<sup>47</sup>. (ESCOLA, 1989, p. 249-250)

No caso do processo licitatório há que se repensar o sistema, para permitir a construção de um regime que efetivamente atenda ao interesse público primário, reconduzindo conceitos e modificando a própria estrutura da licitação.

Sem essas mudanças, em um aspecto crítico e estrutural, qualquer modificação legislativa não passará de maquiagem ao real problema que é muito maior do que um ou dois dias a mais de prazo de publicidade.

---

<sup>46</sup> Aqui entendida a inversão de fases como analisar a proposta antes da habilitação.

<sup>47</sup> (...) el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.





## 5 CONCLUSÃO

Diante dos estudos realizados no presente trabalho, em especial no desenvolvimento de cada um dos tópicos apresentados, foi possível concluir, em resumo, que:

1. É viável fazer uma análise da constitucionalidade de um diploma legal tendo por base os princípios constitucionais explícitos e implícitos e uma análise crítica da legislação estudada;
2. Quanto à criação de um novo regime de licitação, alternativo à Lei nº 8.666/93, por meio de lei nacional, não existe inconstitucionalidade que possa ser alegada, considerando que a CF/88, em seu artigo 22, XXVII estabelece a competência para a criação de normas gerais de licitação, a exemplo do que já foi feito na Lei do Pregão, Lei das Concessões, Lei da Publicidade ou das Parcerias Público Privadas;
3. Iniciando as alterações pontuais, a possibilidade de inversão de fases não pode ser considerada inconstitucional. É uma prática já utilizada há mais de dez anos na modalidade Pregão e com significativa melhoria no processamento do certame;
4. A permissão para sanear falhas formais é uma corrente doutrinária e jurisprudencial já consolidada, confirmando a utilização da razoabilidade na interpretação das regras editalícias e na aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que não pode ser utilizado de maneira cega e oblíqua;
5. A alteração nos procedimentos recursais não gera impacto no certame, houve uma mescla dos procedimentos utilizados no Pregão e nas modalidades tradicionais, não havendo nada a se apontar quanto à inconstitucionalidade do novo processo administrativo recursal;
6. A contratação integrada, tópico mais polêmico do RDC, não pode ser considerada inconstitucional, haja vista não haver, no aspecto do dever ser, nenhuma afronta aos princípios estabelecidos. Não obstante, é imperioso que seja mantida atenta fiscalização para impedir que a prática desvirtue os conceitos dessa inovação legislativa.

Quanto à conveniência e utilidade de sua aplicação, apenas o uso e o tempo poderão confirmar se a opção legislativa é a mais acertada;

7. A existência da forma presencial e eletrônica de realização do Regime Diferenciado de Contratações não é inconstitucional, essa dualidade de plataformas já existe desde 2002, com maior aplicabilidade a partir de 2005, e a forma eletrônica vem se mostrando vantajosa, além de muito mais isonômica, pública e objetiva que a presencial;
8. A contratação simultânea é uma extensão de um formato de contratação que já era possível e por vezes utilizado, com a divisão de um mesmo item em lotes. Não há nada de inconstitucional nessa divisão de tarefas, sendo, inclusive, uma forma de ampliar a competitividade no certame;
9. A remuneração variada também não pode ser considerada inconstitucional, desde que utilizada seguindo os parâmetros principiológicos, em especial a isonomia o julgamento objetivo. Se definidos previamente e de forma clara os critérios que permitirão a variação da remuneração, não há nada que impeça a utilização desse recurso para dar mais eficiência às contratações públicas, ressalvada a questão da redução de pagamentos que, certamente, merece uma análise mais detida pela doutrina e jurisprudência;
10. O novo prazo de publicação, ainda que possa ser questionado quanto à redução exagerada do prazo no caso de compras, em especial, para objetos mais complexos, não há o que se falar em inconstitucionalidade. Existe, sim, a necessidade de que o administrador aja com razoabilidade ao estipular prazos superiores ao mínimo legal quando o objeto assim demandar. Quanto à incongruência legal do prazo de publicação para a aquisição de produtos por técnica e preço trata-se de mero equívoco legislativo que pode ser facilmente corrigido, sem contaminar o diploma legal como um todo;
11. A existência de formas de disputa variadas, aberta, fechada e combinadas, não fere nenhum princípio constitucional tendo o gestor público maior liberdade

para adequar o processo licitatório às necessidades e características do objeto que está sendo contratado e, sobretudo, daquele mercado;

12. O sigilo do valor estimado, outro tópico extremamente delicado do RDC, não afronta, no plano teórico, nenhum princípio constitucional. Entretanto, na opinião deste autor, é fato que o dispositivo abre margem para práticas pouco republicanas. Logo, ainda que não exista inconstitucionalidade da legislação enquanto dever ser, não se entende como justificável, na prática, a utilização de um instituto facultativo que possui uma probabilidade tão alta de ter problemas;
13. O contrato de eficiência, embora menos debatido que outras inovações do RDC, é uma ferramenta extremamente interessante e útil para a Administração Pública, sendo possível afirmar que não existe nenhuma contradição aos princípios constitucionais. Novamente, o que não pode ser olvidado jamais é o estrito cumprimento, na prática, do julgamento objetivo pregado em teoria;
14. As novas regras para o Sistema de Registro de Preços não podem ser consideradas inconstitucionais, com a alteração basicamente procedimental, além da salutar regulamentação do procedimento de adesão a Atas de terceiros, que já era um clamor da doutrina e jurisprudência há anos;
15. A não aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 não implica no afastamento dos princípios constitucionais ou infraconstitucionais, não sendo possível, portanto, alegar seu descumprimento;
16. A criação do catálogo eletrônico de padronização é medida extremamente salutar e que urge por ser concretizada. Esse fortalecimento da demanda por padronização está totalmente ajustado aos princípios apregoados pela CF/88, em especial quanto à isonomia, eficiência e publicidade;
17. A nova estrutura de pré-qualificação não alterou substancialmente o que já vinha sendo feito na prática, não podendo ser apontada inconstitucionalidade no aspecto abstrato da norma. Não obstante, repete-se o cuidado na utilização desse procedimento auxiliar do

RDC para que a prática não o utilize como meio para estimular a formação de conluíus nos certames licitatórios;

18. A novidade na dispensa de licitação para a contratação de remanescente de obras ou serviços não é inconstitucional, restando preservadas a isonomia, o julgamento objetivo e a eficiência do sistema;
19. Quanto à análise midiática, existe claro embate político entre aqueles que fazem parte do grupo de “situação” e aqueles que compõem a “oposição”; e
20. As discussões travadas acerca do RDC, em grande número, desconsideram ou simplesmente omitem regras assessórias do instituto que está sendo debatido, esquecendo que muitas críticas ao RDC já foram disciplinadas na própria Lei e não pode ser alegada sua inconstitucionalidade imaginando um descumprimento de seus pressupostos no campo fático.

Após analisar todos os aspectos materialmente relevantes dessa novidade legislativa, em linhas gerais, foi refutada a hipótese inicial de que o RDC seria inconstitucional.

Não obstante, permanecem válidas as preocupações com a realidade concreta da utilização do Regime Diferenciado de Contratações, que somente poderá ser satisfatória se a legislação for cumprida, fiscalizada e, sobretudo, utilizada dentro dos parâmetros definidos pelos princípios arrolados no presente estudo.

## REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Bruno. A previsão da remuneração variável do contratado sob o regime diferenciado de contratações. CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves dal; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.5841/2011). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Ávila, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". *Revista de Direito Administrativo*, 215 (1999): 151-179.

\_\_\_\_\_. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. Licitação através do regime diferenciado de contratações públicas - RDC. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSCO, Maria Goretti Dal. Responsabilidade do agente público por ato de improbidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

BOSELLI, Paulo. Capacitação para pregoeiros e licitantes. Curitiba: Negócios Públicos, 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1758/2003. Plenário. Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. INCLUSÃO DE CERTIDÃO EXTRAÍDA PELA INTERNET DURANTE A SESSÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CONHECIMENTO. NEGAR PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 2003. DOU de 28.11.2003. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-39751&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313735382b4f522b4e554d52454c4143414f253341313735382532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303033253239&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0> Acesso em: 07 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.036/2012, Plenário. Sumário: COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DE 2014. RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. REGULARIDADE DOS PROCEDIMENTOS DE CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS OU FINANCIAMENTOS AOS GOVERNOS ESTADUAIS OU MUNICIPAIS PARA AS OBRAS DE MOBILIDADE URBANA RELACIONADAS COM O EVENTO. POUCO MENOS DE 5% DO TOTAL DE RECURSOS REPASSADOS. POSSÍVEL ATRASO NO TÉRMINO DOS EMPREENDIMENTOS. CASUAL RESPONSABILIZAÇÃO DOS GESTORES NO CASO DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO RDC. EVENTUAL DESENQUADRAMENTO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO. Alertas. Recomendação. Comunicações. Providências internas. Relator: Ministro Valmir Campelo. 2012. DOU de 10.05.2012. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%2FAcord%2F20120516%2FAC\\_1036\\_15\\_12\\_P.doc&ei=c3JuUraJMMPdkQfHwoGYAg&usg=AFQjCNH4yZ6LdZmsx7vfkZBuUbhw3scA1Q&sig2=TzWIqYrhYFiSuPUMu\\_2kJA&bvm=bv.55123115,d.eW0](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDwQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2Fconsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%2FAcord%2F20120516%2FAC_1036_15_12_P.doc&ei=c3JuUraJMMPdkQfHwoGYAg&usg=AFQjCNH4yZ6LdZmsx7vfkZBuUbhw3scA1Q&sig2=TzWIqYrhYFiSuPUMu_2kJA&bvm=bv.55123115,d.eW0) Acesso: 07 mar. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.324/2012. Sumário: COPA DO MUNDO DE 2014. FISCOBRAS 2012. OBRAS NO AEROPORTO PINTO MARTINS, EM FORTALEZA/CE. SOBREPREÇO. ELISÃO DAS IRREGULARIDADES PELA INFRAÇÃO ANTERIORMENTE AO TÉRMINO DA AUDITORIA. OBRA REALIZADA MEDIANTE O RDC COM PRAZO DE TÉRMINO POSTERIOR À COPA DO MUNDO. OITIVA. NOTIFICAÇÃO. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO. Relator: Ministro Valmir Campelo. 2012a. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-108204&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313332342b4f522b4e554d52454c4143414f253341313332342532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031322b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031322532392b414e442b2532382532385449504f25334125323241434f5244414f2532322b414e442b4e4f542b5449504f25334125323241434f5244414f2b44452b52454c4143414f253232253239253239&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0> Acesso: 07 mar. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2880. Sumário: FISCOBRAS 2012. EDITAL DE LICITAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DO TERCEIRO TERMINAL DE PASSAGEIROS DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE CONFINS. RDC. DETERMINAÇÃO. REITERAÇÃO. MONITORAMENTO. AUTORIZAR APENSAMENTO. Relator: Ministro Valmir Campelo. 2012b. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-111011&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341323838302b4f522b4e554d52454c4143414f253341323838302532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031322b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031322532392b414e442b2532382532385449504f25334125323241434f5244414f2532322b414e442b4e4f542b5449504f25334125323241434f5244414f2b44452b52454c4143414f253232253239253239&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0>

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão 306/2013. Sumário: COPA DO MUNDO DE 2014. REFORMA DO TERMINAL DE PASSAGEIROS E ACESSO VIÁRIO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE SALVADOR/BA. FISCALIZAÇÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO. RDC ELETRÔNICO. SOBREPREÇO. CORREÇÃO TEMPESTIVA DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. REDUÇÃO DE R\$ 4,8 MILHÕES NO PREÇO BASE DO CERTAME. QUESTIONAMENTOS QUANTO AOS

PROCEDIMENTOS ADOTADOS NA FASE ABERTA DE LANCES. QUESTIONAMENTOS SOBRE POSSÍVEL QUEBRA DE SIGILO DA LICITAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. RECOMENDAÇÃO.

COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO. Relator: Ministro Valmir Campelo. 2013. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO->

112768&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413330362b4f522b4e554d52454c4143414f2533413330362532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031332532392b414e442b2532382532385449504f25334125323241434f5244414f2532322b414e442b4e4f542b5449504f25334125323241434f5244414f2b44452b52454c4143414f253232253239253239&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0 Acesso: 07 mar. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1442. Sumário: REPRESENTAÇÃO. PROJETO DE INTEGRAÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO COM AS BACIAS DO NORDESTE SETENTRIONAL (PISF). POSSÍVEIS IRREGULARIDADES VERIFICADAS NO EDITAL DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC) PRESENCIAL Nº 1/2013, CONDUZIDO PELA SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA HÍDRICA DO MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. CIÊNCIA. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO->

114822&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313434322b4f522b4e554d52454c4143414f253341313434322532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031332532392b414e442b2532382532385449504f25334125323241434f5244414f2532322b414e442b4e4f542b5449504f25334125323241434f5244414f2b44452b52454c4143414f253232253239253239&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0 Acesso: 07 mar. 2013



\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1510/2013. Sumário: COPA DO MUNDO DE 2014. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS NO AEROPORTO INTERNACIONAL AFONSO PENA, EM SÃO JOSÉ DOS PINHAIS/PR. REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA. PRIMEIRA LICITAÇÃO DA INFRAERO SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA (RDC). DEFICIÊNCIAS NA MOTIVAÇÃO PARA UTILIZAÇÃO DO NOVO REGIME, COMO TAMBÉM PARA O BALANCEAMENTO DAS NOTAS TÉCNICA E DE PREÇO. NECESSIDADE DE OBSERVAR OS DITAMES DO ART. 20 DA LEI 12.462/2011 NAS CONTRATAÇÕES INTEGRADAS. IMPERATIVO DE CONSIDERAR EVENTUAIS AJUSTES NOS PREÇOS OBTIDOS À REALIDADE DO LOCAL DE EXECUÇÃO DA OBRA, INCLUSIVE COM RELAÇÃO AO BDI. OMISSÕES NO ANTEPROJETO DE ENGENHARIA. AUSÊNCIA DE MATRIZ DE RISCOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. NOTIFICAÇÃO. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO. Relator: Ministro Valmir Campelo. 2013b. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115014&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313531302b4f522b4e554d52454c4143414f253341313531302532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f253341323031332532392b414e442b2532382532385449504f25334125323241434f5244414f2532322b414e442b4e4f542b5449504f25334125323241434f5244414f2b44452b52454c4143414f253232253239253239&sort=DIRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0> . Acesso: 07 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4645. Relator: Ministro Luiz Fux. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1407675&tipo=TP&descricao=ADI%2F4645> . Acesso: 07 mar. 2013

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 4655. Relator: Ministro Luiz Fux . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=1439993&tipo=TP&descricao=ADI%2F4655> Acesso: 07 mar. 2013.

BRESCIANI, Eduardo. Senado estende regime diferenciado para agilizar obras do PAC. Líder do governo diz que aprovação ‘combaterá crise econômica e a desaceleração dos investimentos públicos’. *Estadão*. 27/06/2012. Disponível em:

<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,senado-estende-regime-diferenciado-para-agilizar-obras-do-pac,892514,0.htm> . Acesso: 07 mar. 2013

BRITO, Ricardo. Oposição ameaça ir ao Supremo contra RDC para o PAC. 21/06/2012. *Estadão*. Disponível em:

<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,oposicao-ameaca-ir-ao-supremo-contr-rdc-para-o-pac,889576,0.htm> . Acesso: 07 mar. 2013

BULLA, Beatriz. Para Ipea, RDC traz avanços para os Estados. 22/05/2012. *Estadão*. Disponível em:

<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,para-ipea-rtc-traz-avancos-para-os-estados,876386,0.htm> . Acesso: 07 mar. 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa: no estado constitucional de direito. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Câmara aprova Regime Diferenciado para obras do PAC. 12/06/12. **O Globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/camara-aprova-regime-diferenciado-para-obras-do-pac-5185984> . Acesso: 07 mar. 2013

CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves dal; VALIM, Rafael (coord). Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (lei nº 12.462/2011; decretonº 7.5841/2011). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CHAGAS, Marcos. Sarney diz que alterações no RDC serão inevitáveis no Senado. 20/06/11. **Carta Capital**. Disponível em:

[http://www.cartacapital.com.br/politica/sarney-diz-que-alteracoes-no-  
rdc-serao-inevitaveis-no-senado/](http://www.cartacapital.com.br/politica/sarney-diz-que-alteracoes-no-rdc-serao-inevitaveis-no-senado/)  
. Acesso: 07 mar. 2013

COUTINHO, Filipe. TCU contraria governo sobre flexibilização de licitações da Copa. 09/06/2011. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/936537-tcu-contraria-governo-sobre-flexibilizacao-de-licitacoes-da-copa.shtml> . Acesso 07 mar. 2013

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

DECAT, Erich; MATOS, Kelly. Regra que flexibiliza obras do PAC pode ser incluída em MP, diz Ideli. 23/05/2012. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/1094524-regra-que-flexibiliza-obras-do-pac-pode-ser-incluida-em-mp-diz-ideli.shtml> . Acesso 07 mar. 2013.

Dilma diz que RDC “impede acerto de preço”. Em seminário sobre compras governamentais, ela apontou regime diferenciado com ‘imprescindível’ . **Estadão**. 15/09/2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,dilma-diz-que-rdc-impede-acerto-de-preco,772721,0.htm> . Acesso: 07 mar. 2013

Em reunião com prefeitos, Dilma destaca RDC para o PAC Mobilidade Médias Cidades Programa prevê recursos de R\$ 7 bilhões para municípios com população entre 250 e 700 mil habitantes. 19/07/2012. **Estadão**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,em-reuniao-com-prefeitos-dilma-destaca-rdc-para-o-pac-mobilidade-medias-cidades,902464,0.htm> . Acesso: 07 mar. 2013

ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público: como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceitos de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Fundamentos de direito administrativo. 3. edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Derechos y garantías – la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999,

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Corrupção Como Fenômeno Social e Político. In Revista de Direito Administrativo, n. 185, p. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FIESP. Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. 2010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corruptao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/> Acesso em: 20 nov. 2013.

FROUFE, Célia. Governo estuda usar RDC também em obras do PAC 19/04/2012. **Estadão**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,governo-estuda-usar-rdc-tambem-em-obras-do-pac,863004,0.htm> Acesso: 07 mar. 2013

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCIA, Maria. Censura e comunicação social. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n.34, p.99-104, jan./mar. 2001.

Gleisi responde a Gurgel e defende RDC da Copa. **Estadão**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gleisi-responde-a-gurgel-e-defende-rdc-da-copa,771768,0.htm> . 13/09/2013. Acesso: 07 mar. 2013

GORDILLO, Augustín. Tratado de derecho administrativo. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

HART. Herbert L.A. O Conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LAUBADÈRE, André de. Traité élémentaire de droit administratif. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 1963.

LAVALLE, A. G. Espaço e vida públicos: reflexões teóricas e sobre o pensamento brasileiro. São Paulo, 2001. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

MAZENOTTI, Priscilla. **RDC deve ser votado esta semana**. 27/06/11. **Carta Capital**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/rdc-deve-ser-votado-esta-semana/> Acesso: 07 mar. 2013

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Licitação e Contrato Administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Elementos de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A licitação na constituição de 1988 . Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 28 out. 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública - a lei geral de licitação - LGL e o regime diferenciado de contratação - RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. RDC - contratações para as copas e jogos olímpicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. Princípio da isonomia na licitação pública. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

NOGUEIRA, Marcos da Fonseca. O princípio da moralidade na administração tributária. São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios de direito administrativo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

Para Roberto Gurgel, Regime Diferenciado de Contratações para licitações de obras da Copa é inconstitucional. **Estadão** . 09/09/2011 Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/2011/09/09/para-roberto-gurgel-regime-diferenciado-de-contratacoes-e-inconstitucional/> . Acesso 07 mar. 2013

PEREIRA, Merval. RDC em discussão. **O Globo**. <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2011/09/07/rdc-em-discussao-403936.asp> Acesso: 07 mar. 2013

PGR apresenta Adin contra o RDC. **O Globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/pgr-apresenta-adin-contrar-2701098> . Acesso: 07 mar. 2013

RAMOS, Gisela Gondin. Princípios jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSA, Márcio Fernando Elías. Princípios constitucionais brasileiros. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas. JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.). O regime

diferenciado de contratações públicas - comentários à lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais 798, (2002): 23-50.

Senado aprova MP que estende RDC para a saúde e texto vai para sanção. 04/12/2012. **O Globo**. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/senado-aprova-mp-que-estende-rdc-para-saude-texto-vai-para-sancao-6927538> 07 mar. 2013

SERRANO, Pedro. Contratos realmente “diferenciados”. **Carta Capital**. 03/06/2012. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/contratos-realmente-diferenciados/> . Acesso: 07 mar. 2013

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.

TATTO, Jilmar. O Regime Diferenciado de Contratações, que flexibiliza regras de licitação, deve valer para as obras do PAC? **Folha de São Paulo**. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/49032-licitacoes-mais-rapidas-e-baratas.shtml> . Acesso 07 mar. 2013

ZAMPIER, Débora. Novo regime de contratações é avanço, diz TCU. 17/06/11. **Carta Capital**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/politica/rdc-e-avanco-mas-faz-ressalva-sobre-contratacao-integrada-diz-tcu/> Acesso: 07 mar. 2013